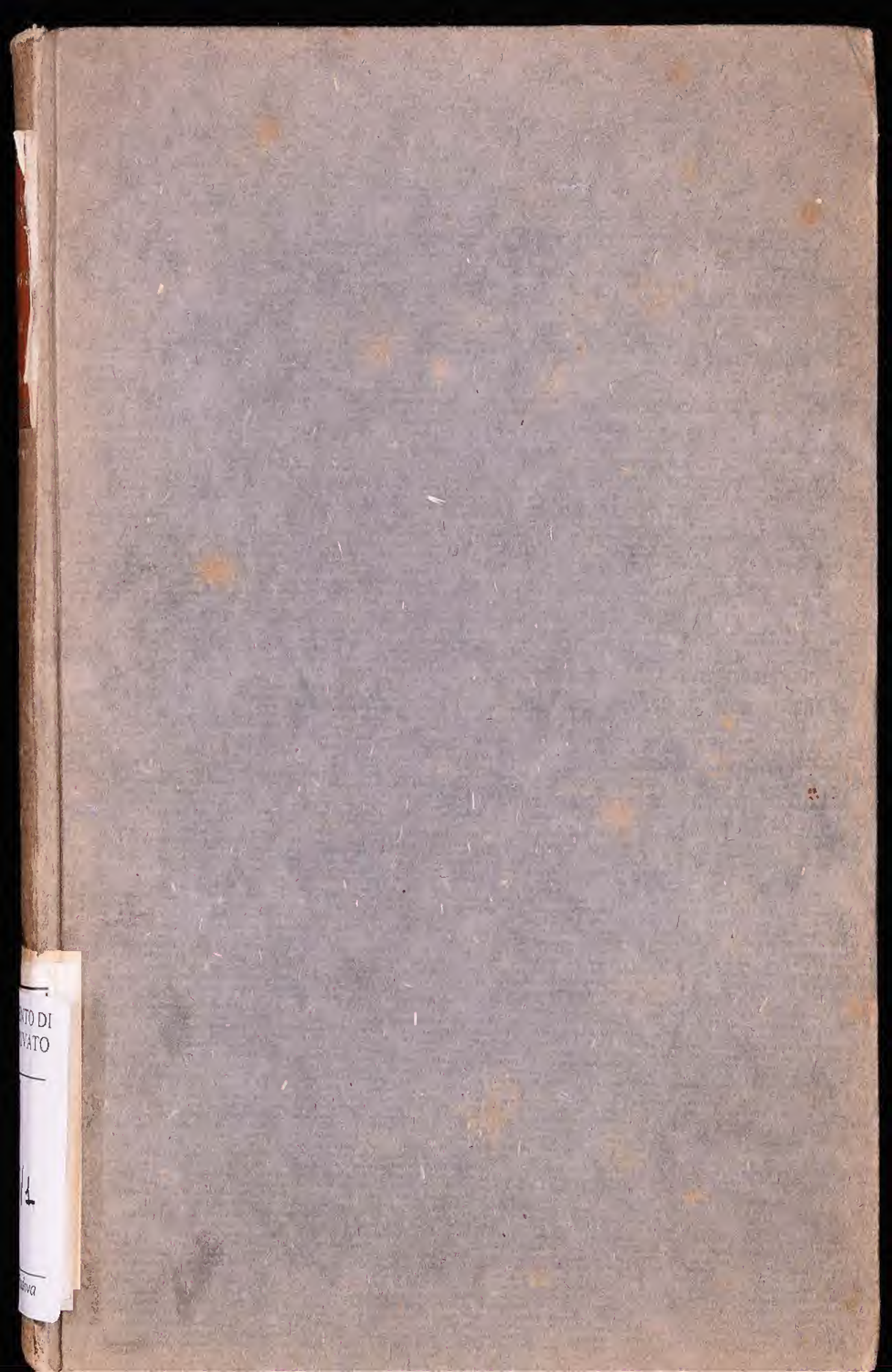

NTO DI
VATO
dova

# Ausbeute
von
# Nachforschungen
über verschiedene
# Rechtsmaterien.

Von

Dr. F. C. Gesterding.




Vierten Theils erste Abtheilung.

Greifswald,
bei C. A. Koch.

1832.



# Vorrede.

Schon im ersten (S. 311), zweiten (S. 443) und dritten Theil dieses Werks (S. 199 und 209) sind einige Abhandlungen aus dem Pfandrecht vorgekommen. Hier folgen zuvörderst sieben andere, die ich schon in der Vorrede der neuen Auflage meiner Lehre vom Pfandrecht angekündigt hatte. Man kann sie als einen Nachtrag zu diesem Werke ansehen, welches dadurch vervollständigt wird; weßhalb auch bei der Ordnung, wie die einzelnen Abhandlungen auf einander folgen, auf dasselbe Rücksicht genommen ist. Zum Theil wurden sie schon vor der neuen Auflage, oder doch während der Bearbeitung derselben, zum Theil aber erst nach der Zeit, als jene schon dem Druck übergeben war, vollendet; jenes gilt von der ersten und fünften Abhandlung, dieses von den übrigen. Während diese erste Abtheilung des vierten Theils sich unter der Presse befand, ist noch eine achte hinzugekommen. Ja, ich hätte leicht noch mehrere hinzufügen können, die ich aber für die Zukunft aufgespart habe.

Zwar, bei der Menge von Schriften, die über Materien des Pfandrechts seit einigen Jahren erschienen sind, so daß es fast scheint, als sey eine neue Art von Seuche, eine Pfandrechtswuth, unter den Rechtsgelehrten in Deutschland ausgebrochen, oder, als gehe man darauf aus, die Wissenschaft ganz zu Grunde zu richten, wenigstens sie unzugänglich zu machen oder einen Ekel davor zu erregen, sollte man billig Bedenken finden, die Zahl dieser Schriften noch mit neuen zu vermehren. Allein, mir wenigstens kann in dieser Hinsicht kein Vorwurf gemacht werden; ich war der Erste, der in neuern Zeiten diese Materie auf die Bahn brachte. Als ich, es sind nun gerade zwanzig Jahre, zuerst über die Schuldverbindlichkeit, als Object des Pfandrechts, schrieb, wurden dadurch mehrere andere Schriften veranlaßt. Ich gab dann das größere Werk vom Pfandrecht heraus, und mußte gesche-

hen lassen, was ich nicht hindern konnte und nicht zu verantworten habe, daß sich die Schreibelust deutscher Schriftsteller auch auf diese Materie warf. Und als ich vor einigen Jahren ein Wort davon fallen ließ, daß eine neue Auflage des Werks vom Pfandrecht erscheinen werde, traf es sich so sonderbar, daß es seitdem Abhandlungen aus dem Pfandrecht recht ordentlich zu schneien anfing. Durch alles das durfte ich, ohne nachtheilige Folgen für das Werk, in der ruhigen Fortsetzung meiner eigenen Forschungen mich nicht auf die entfernteste Weise stören lassen. Und eben so wenig konnte es mich abhalten, die Resultate dieser Forschungen bekannt zu machen. Wer sich mit dem Ganzen einer Materie beschäftigt und über das Ganze geschrieben hat, der hat gewiß vor Andern den Beruf, an den einzelnen Theilen dieses Ganzen weiter zu bauen und zu bessern, überhaupt, das angefangene Werk immer vollkommener zu machen zu suchen. Ueberdies haben die Abhandlungen, die ich hier vorlege, zum größten Theil wenigstens, es mit solchen Materien zu thun, die sich den deutschen Schriftstellern und ihrer Schreibelust zu entziehen gewußt haben.

Dies also sage ich zu meiner Entschuldigung, doch nur nebenher. Denn die Hauptentschuldigung müssen jene Abhandlungen selbst übernehmen; thun sie das nicht, wird alles Uebrige vergebens seyn.

Außer den Abhandlungen aus dem Pfandrecht, findet der Leser aber noch einige andere hier, die wenigstens von nicht geringerem Belange sind, nämlich, eine schon vor Jahren geschriebene, über die *universitas rerum*, besonders *facti*, worin ich diese schwierige Lehre in ihrer ganzen Vollständigkeit zu entwickeln gesucht habe. Ihr schließt sich eine Abhandlung über die *colonia partiaria* an; auf diese folgt ein Beitrag zur Lehre von Klagen und Einreden, und, nach jener schon erwähnten achten Abhandlung aus dem Pfandrecht, macht eine Abhandlung über das Zeugniß eines Unterhändlers den Beschluß.

Sobald nur Zeit und Umstände es irgend erlauben, soll die zweite Abtheilung der ersten folgen.

Greifswald, im August 1832.

# Inhalt.

# I.

# Sieben Abhandlungen

aus dem

# Pfandrechte.

---

## I.

## Ueber die Frage, ob sich das Pfandrecht auch auf die Forderung nützlicher Verwendungen erstrecke.

Den von mir aufgestellten Satz, das Pfandrecht erstrecke sich auch auf die nützlichen Verwendungen, hat man nicht einräumen wollen. Allein, es bleibt dabei. Zwischen nothwendigen und nützlichen Verwendungen ist hier kein Unterschied und das jus distrahendi und das Pfandrecht steht dem Gläubiger, wie wegen der nothwendigen, also auch wegen der nützlichen Verwendungen zu. Nämlich, der Gläubiger, welcher verbunden ist, Sorgfalt auf die Sache zu verwenden, sich darum zu bemühen, daß sie in ihrer Integrität erhalten bleibe, kann zuvörderst alle diejenigen Ausgaben mit vollkommenem Recht wiederfordern, welche zu diesem Zweck, zur Erhaltung der Sache, nöthig waren; und es steht ihm derentwegen nicht nur das jus retentionis, sondern auch eine actio contraria zu [1]. Ausser den nothwendigen Ausgaben ist der Gläubiger auch

[1]) L. 6. C. de pignor. act. L. 8. pr. D. eod.

berechtigt, für solche Verwendungen Ersatz zu fordern, wodurch die Sache verbessert ist, nämlich, wenn sie bereits vom Schuldner angefangen oder mit seiner Einwilligung gemacht sind; imgleichen, wenn sie nöthig waren, damit die Sache zu dem gewöhnlichen Gebrauch, wozu sie bestimmt ist, tauglich sey; wie wenn ein Sclave in den nothwendigen Künsten unterrichtet wird. (Ausgaben letzterer Art scheinen sogar zu den nothwendigen zu gehören, da es nicht von dem freien Willen des Gläubigers abhängt, ob er sie machen will, da er sie nicht vermeiden kann, ohne seine Pflichten gegen den Schuldner zu verletzen.) Und unter diesen Voraussetzungen steht dem Gläubiger auch wegen der nützlichen Verwendungen, nicht nur Einrede, wenn er die Sache besitzt (exceptio doli, jus retentionis), sondern auch Klage — actio contraria — zu. [2]) Für Verbesserungen anderer Art Ersatz zu begehren und einzuklagen, dies Recht ist dem Gläubiger zwar nirgends ausdrücklich beigelegt; indessen scheint es ihm, nach Grundsätzen des römischen Rechts, eben nicht abgesprochen werden zu können; wird doch auch demjenigen ein solches Recht eingeräumt, der z. B. ein Grundstück gepachtet hat; auch drückt Ulpian sich so darüber aus, daß man wohl glauben muß, es stehe ihm zu [3]), und unsere Rechtsgelehrten räumen ihm ein Recht auf Ersatz nützlicher Verwendungen überhaupt und eine Klage zu diesem Zweck ein. [4]) Für unnützen und übermäßigen Aufwand kann freilich kein Ersatz begehrt werden; überhaupt zieht der Richter in Ansehung der Größe die Umstände in Betrachtung, und mäßigt die Vergütung, wenn der Aufwand so

---

[2]) L. 25. D. de pign. act.

[2]) L. 25. D. de pign. act.

[4]) S. z. B. *Voet* ad. tit. D. de pign. act. §. 10.

groß ist, daß er für den Schuldner drückend wird, und ihm die Wiedereinlösung schwer fällt. [5]) Insofern nun der Gläubiger überhaupt Ansprache auf Ersatz hat, kann er, welcher auf Ersatz klagen kann, sich auch durch Ausübung des juris distrahendi selbst zu seiner Befriedigung verhelfen, eben so gut wegen der nützlichen wie wegen der nothwendigen Ausgaben, unter denen der römische Rechtsgelehrte, indem er dem Gläubiger das jus distrahendi beilegt, nicht unterscheidet.

Bloß auf die Natur der Sache gesehen, würde ich nicht bloß wegen der nützlichen Verwendungen mit unserm Weber, sondern wegen aller Verwendungen überhaupt, dem Gläubiger ein wirkliches Pfandrecht absprechen; ich würde glauben, das Pfandrecht könne sich nicht über die Forderung ausdehnen, wofür es verpfändet ist; für Forderungen, die erst durch die Verpfändung oder vielmehr in Folge derselben durch einseitige Handlungen des Gläubigers entstanden sind, hafte die Sache selbst nicht weiter, als in andern Fäl-

[5]) *L. 25. D. de pign. act.* Si servos pignoratos, artificiis instruxit creditor: si quidem jam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor. Sicut enim negligere creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur: ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravius sit debitori ad recuperandum. puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres: alioquin non est aequum, aut quaerere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. Medie igitur haec a judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur.

len, da Jemand eine fremde Sache besitzt, auf die er Verwendungen gemacht hat. Allein, vermöge der angeführten Stelle des römischen Rechts, ist allerdings anzunehmen, wie das Pfand auch wegen Verwendungen — und dann ohne Unterschied — zum Pfande diene, so daß dem Gläubiger derentwegen ein wirkliches Pfandrecht zusteht. Denn aus dem jus distrahendi, was der Rechtsgelehrte auch wegen der Verwendungen dem Gläubiger beilegt, und zumal auf eben die Art beilegt, wie wegen der Hauptschuld und der Zinsen, die er mit den Verwendungen gleichen Schritt halten läßt, kann man allerdings ein wirkliches Pfandrecht ableiten. Es ist wenigstens keine Aeußerung des Pfandrechts, die demjenigen abgesprochen werden könnte, dem selbst die wichtigste — das jus distrahendi — worauf es am Ende immer nur abgesehen ist, zukömmt. Es würde ein ganz unnützer Wortstreit seyn, ob demjenigen ein Pfandrecht beizulegen sey, dem wegen seiner Nebenforderungen selbst das jus distrahendi nicht abgesprochen wird. Zwar handelt der Rechtsgelehrte in jener Stelle ausdrücklich nur von dem Fall, da dem Gläubiger das jus distrahendi durch Vertrag beigelegt ist; allein dieses kommt nicht in Betrachtung, weil, wenn dem Gläubiger das jus distrahendi auch nicht ausdrücklich beigelegt ist, doch ganz dasselbe gilt, wie wenn es ihm beigelegt ist [6]). Das Pfand haftet also nicht bloß für die Forderung, wofür es verpfändet ist; es haftet auf eben die Art für den Ersatz der Kosten, die der Gläubiger auf die Sache verwandt hat, derentwegen ihm eine Klage gegen den Schuldner zusteht.

---

[6]) L. 4. D. de pign. actione.

# II.

## Das Geld, als Gegenstand des Pfandrechts.

Wer sich bloß an den Grundsatz erinnert, den Marcianus aufstellt, was man nicht verkaufen kann, das kann man auch nicht verpfänden [1]), und sich strenge an ihn bindet, ihn für so allgemein gültig hält, wie jene Worte es ausdrücken, der wird die Frage, ob baares Geld verpfändet werden könne, mit Nein beantworten müssen. Allein diese Antwort würde unrichtig seyn. Baares Geld kann allerdings zum Pfande gegeben werden. Nach der Lehre des Scävola ist baares Geld in der allgemeinen Verpfändung begriffen [2]), und Ulpian spricht [3]) von nummis pignoratis und von der pecunia numerata, als von Dingen, die durch die allgemeine Verpfändung aller Güter mit verpfändet sind. Folglich kann das Geld auch besonders verpfändet werden. Das allgemeine Pfandrecht ist ja, wie ich an einem andern Ort bemerkt habe, nichts als ein Inbegriff besonderer Pfandrechte. [4])

Die Möglichkeit der Verpfändung des baaren Geldes, die im römischen Recht nie bezweifelt ist, kann zu wichtigen Folgerungen benutzt werden. Es folgt daraus:

1) daß jener Grundsatz, was man nicht verkaufen kann, das kann man auch nicht verpfänden, nicht allgemein

---

[1]) L. 1. §. ult. D. Quae res pign.

[2]) L. 34. §. 2. D. de pign.

[3]) L. 7. §. 1. Qui pot. in pign.

[4]) Meine Lehre vom Pfandrecht. 2 Aufl. §. 9. S. 90.

gültig sey. Und in der That, wenn man die hierher gehörige Stelle des Marcianus näher betrachtet, giebt dieser Rechtsgelehrte ihn auch nicht für einen allgemein gültigen aus, sondern er beschränkt ihn auf Sachen, die man nicht verkaufen kann, weil sie nicht in commercio sind. Es sind also nicht solche Sachen gemeint, die bei der Vertheilung der Geschäfte in gewisse Fächer nicht gerade in das Fach des Kaufs passen, die im Rechtssystem nicht zu diesem Contract, sondern zum Tausch gerechnet werden; hier ist vielmehr von solchen die Rede, die man überhaupt nicht haben oder erwerben kann, indem sie keine möglichen Objecte der Rechte Einzelner, allem Handel und Wandel, allem Verkehr unter den Menschen und daher auch dem Kauf gänzlich entzogen sind; wohin im römischen Rechte gezählt werden freie Menschen, res sacrae und res religiosae und res publicae in eigentlicher Bedeutung. So lange sie dies alles sind, können sie so wenig verpfändet werden, als sie verkauft werden können, und wenn es auch de facto geschieht, de jure kann es nicht geschehen.[5])

---

[5]) L. 4. L. 5. L. 6. pr. L. 22. L. 23. L. 24. L. 34. §. 1 et 2. L. 73. pr. D. de contrah. emt. L. 83. §. 5. D. de Verb. Obl. L. 5. D. L. 3. C. Quae res pign. Von der Regel, daß freie Menschen nicht, wohl aber, nach römischem Recht, unfreie verpfändet werden können, lassen sich allenfalls zwei, doch nur scheinbare, Ausnahmen aufführen. Die erste ist bei Personen, die in feindliche Gefangenschaft gerathen und losgekauft sind. Diese sind bis zum Ersatz des Lösegeldes zwar nicht Sclaven dessen, der sie losgekauft hat — dagegen verwahrt sich das römische Recht ausdrücklich — aber sie dienen ihm mit ihren Personen zum Pfande, bis ihm das Kaufgeld erstattet ist, welches ein vinculum pignoris naturalis genannt

Die Alten gaben [6]) die Regel, alles könne verpfändet werden, was der Schuldner in bonis habe und was dabei von der Art sey, daß es, wie Einige lehren, veräussert werden könne, oder, wie Andere, zu veräussern nicht verboten sey. [7]) Diese Regel — taugt im Grunde auch nicht viel. Denn sie vermischt zwei Fragen, wer verpfänden und was verpfändet werden könne; — nur das Letztere wollte man für jetzt wissen, und auf die Frage darnach erhält man eine unzulängliche Antwort. Ausserdem, daß die Antwort eine zweite Frage nöthig macht, ist sie auch zu eingeschränkt. Nicht in so niedriger Gegend darf man sich

---

wird. L. 15. D. de captivis et postlim. reversis. L. 43. §. ult. D. de leg. I. L. 2. C. de postlim. reversis. Die zweite ist bei den Geisseln, die nach alten Gebräuchen unter den Völkern als Mittel zur Sicherheit dienen, indem sie, wie Pfänder, von Einem dem Andern hingegeben werden, damit sie, ihrer Freiheit beraubt, bei dem Anderen verbleiben, bis die Verbindlichkeit getilgt, die Gefahr vorüber gegangen, das Mißtrauen beruhigt ist. Doch alle dergleichen Fälle begründen kein wahres römisches Pfandrecht, bei welchem der Gläubiger nicht durch die Sache, sondern aus ihr seine Befriedigung sucht, sondern sie nähern sich mehr dem Zurückbehaltungsrecht. Jene Personen werden dann wie Pfänder, doch nur in diesem einen Stück, behandelt, nämlich, daß sie wie Pfänder gegeben und zurückbehalten werden.

[6]) *L. 6. C. Si aliena res pign.* Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum creditori suo dat pignori: se magis contrario pignoratitio obligat judicio, quam quicquam dominis noceat: cum Serviana etiam actio declaret evidenter, jure pignoris teneri non posse nisi quae obligantis in bonis fuerint: et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse certissimum est.

[7]) *Bachov.* de pign. lib. 2. cap. 2 nr. 1. 2. 3. *Struv.* syntagma ex. 26. lib. 20. tit. 3. §. 17.

aufhalten, wenn man wissen will, welche Sachen verpfändet werden können, sondern man muß höher hinaufsteigen.

Damit eine Sache verpfändet werden könne, wird zuvörderst vorausgesetzt, daß sie nicht, sey es durch die Gesetze der Natur oder durch bürgerliche Einrichtungen, dem Verkehr entzogen, überhaupt ein Gegenstand der Rechte Einzelner seyn könne. Aber ausserdem, was bei allen Rechten erforderlich ist, kömmt es darauf an, daß sie ein möglicher Gegenstand des besonderen Rechtes sey, wovon hier die Rede ist, nämlich, daß sie fähig ist, verpfändet zu werden. Dies wird sie bloß dadurch, daß sie, ihrer Art nach, dem Zweck der Handlung entsprechen, nämlich dem Gläubiger Sicherheit dafür gewähren kann, daß er befriedigt werden wird. Die Verpfändung soll bewirken, daß der Gläubiger zu seiner Befriedigung gelangt, ohne daß es damit vom guten Willen des Schuldners oder auch nur von seiner Fähigkeit, ihn zu befriedigen, abhängt. Der Gläubiger soll dadurch in die Lage versetzt werden, daß er, auch ohne Zuthun des Schuldners, durch die Sache, zu seiner Befriedigung gelangt, es soll nur von ihm abhängen, befriedigt zu werden, er selbst sich zu seiner Befriedigung verhelfen dürfen. Ein Object, was dies gewähren kann, ist auch fähig zur Verpfändung; und Sachen, die man nicht verkaufen kann, sind es bloß insofern nicht, als der Gläubiger nicht anders, als durch Ausübung des juris distrahendi, zu seiner Befriedigung gelangen kann.

Insonderheit kann Geld verpfändet werden. Es wird nicht deshalb unfähig zur Verpfändung, weil der letzte Zweck der Verpfändung — die nöthigenfalls aus dem verpfändeten Object zu entnehmende Befriedigung des Gläubigers — hier auf einem kürzeren Wege, als

gewöhnlich, erreicht werden kann. Es kann so wenig von den Objecten der Verpfändung ausgeschlossen werden, daß es vielmehr das vorzüglichste von allen ist. Als solches müßte es besonders geehrt und namentlich genannt werden und obenan stehen.

2) Die zweite Folgerung aus jenem Grundsatz betrifft die Frage, ob das Recht, zu verkaufen, zum Wesen des Pfandrechts gehöre.

Von allen Rechten, die dem Gläubiger zustehen, ist dies Recht, zu verkaufen, das wichtigste und hier darüber kürzlich Folgendes zu bemerken.

Dreifach ist, nach der Lehre der Alten, das Recht eines Gläubigers, dem eine Sache verpfändet ist; er hat nämlich

a) wenn er sie besitzt, das jus retinendi;
b) wenn er sie nicht besitzt, das jus persequendi;
c) wenn der Schuldner ihn nicht befriedigt, das jus distrahendi [8]).

Von diesen verschiedenen Rechten, die sich auf zwei zurückführen lassen, dient das jus persequendi oder agendi bloß dazu, dem Gläubiger den Besitz zu verschaffen oder wieder zu verschaffen; es ist also nur ein Mittel zum Behuf der Ausübung anderer Rechte. Der Besitz selbst macht es dem Gläubiger möglich, darüber zu wachen, daß ihm das Object seines Rechts erhalten bleibt, zugleich zwingt er den Schuldner, die Schuld zu tilgen, damit er des Besitzes seiner Sache nicht länger beraubt sey, er wirkt also mittelbar auf die Befriedigung des Gläubigers; endlich bahnt er der Ausübung der juris distrahendi den Weg, oder vielmehr, er erleichtert es. Bei allem dem macht der Besitz allein kein

---

[8]) *Struv.* Syntagma ex. 26. lib. 20. tit. 4. §. 26

Pfandrecht; auch ihm ist in dieser Sphäre nur eine untergeordnete Rolle zugetheilt. Wie wenig er, ungeachtet der Wichtigkeit, die ihm auch hier zukömmt, in das Wesen des Pfandrechts eingreife, geht deutlich daraus hervor, daß ein Pfandrecht auch da vorhanden seyn kann, wo kein Besitz eingeräumt ist, indem dem Gläubiger die Sache zum Pfande nicht übergeben, sondern bloß angewiesen ist. Die Sicherheit des Gläubigers und das Wesen des Pfandrechts beruht darauf, daß der Gläubiger nöthigenfalls durch die oder vielmehr aus der Sache befriedigt wird. Dies wird bewerkstelligt durch Ausübung des juris distrahendi. Das jus distrahendi ist, nebst dem jus retinendi, als in der Absicht der Verpfändung gegründet, vermöge des Gesetzes mit dem Pfandrecht verbunden, und in ihm liegt — eine Art von Selbsthülfe verborgen. Der Gläubiger hält sich an das Pfand, verkauft es und macht sich mit dem Gelde bezahlt, ohne daß er bei Gericht Klage erhoben hätte und der Schuldner zur Zahlung verurtheilt wäre. Die Selbsthülfe, die schon mit dem jus retinendi verbunden ist, tritt hier noch stärker hervor. Das jus distrahendi ist eine Wirkung der Verpfändung, wodurch der Zweck derselben erreicht und die Sicherheit des Gläubiger hauptsächlich hervorgebracht wird. Indessen, so durchaus gewöhnlich sie und so sehr sie in der Natur des Pfandrechts gegründet ist, so daß aus dem Vorhandenseyn derselben auf das Pfandrecht, als die Ursache, zurückgeschlossen werden kann, einen durchaus wesentlichen Bestandtheil des Pfandrechts scheint sie nicht auszumachen, so daß man sagen könnte, es sey schlechterdings mit jedem Pfandrecht verbunden und, wo es fehle, da fehle auch das Pfandrecht. Wesentlich ist das Recht auf Befriedigung des Gläubigers durch

das verpfändete Object, als das Mittel seiner Befriedigung. Dies ist der letzte Punct, worauf alles Uebrige sich bezieht. Kann dieses, was gewöhnlich durch Verkauf bewirkt werden muß, auf andere Art eben so gut oder gar noch besser bewirkt werden, so bedarf es des juris distrahendi nicht und dieses fällt weg. Dies ist nun eben die zweite Folgerung, die ich aus der Möglichkeit der Verpfändung des Geldes ziehe. Also aus dem Umstande, daß, den Gesetzen zufolge, Geld verpfändet werden kann, folgt nothwendig, wie ein Pfandrecht auch ohne jus distrahendi bestehen könne, dieses also nicht durchaus wesentlich sey. Denn so wenig hier vom Verkauf die Rede seyn kann, eben so wenig bedarf es desselben. Der Gläubiger hat in dem Gelde das Mittel seiner Befriedigung bereits in Händen und darf es sich nicht erst durch Verkauf verschaffen.

Da also das jus distrahendi zum Wesen des Pfandrechts nicht gehört, so sind wir auch nicht berechtigt, es mit jedem Pfandrecht zu verbinden. Ja, man kann sogar annehmen, es müsse das jus distrahendi, was als eine Wirkung des Pfandrechts, der Regel nach, aus ihm entspringt, dem Gläubiger in solchen Fällen ausdrücklich beigelegt seyn, wo es des Verkaufs — des zunächst verpfändeten Gegenstandes — nicht bedarf, um dem Gläubiger zu seiner Befriedigung zu verhelfen. Ich denke in diesem Augenblick an das verpfändete Nomen, wovon ich schon früher [9]) behauptet habe, es trete bei diesem Object an die Stelle des jus distrahendi — das jus exigendi.

So viel von den wichtigen Schlüssen, zu denen das

---

[9]) im Pfandrecht, 2. Aufl. §. 7. S. 77.

wichtige Object, das Geld, die Gelegenheit giebt. Von diesen Schlüssen kehre ich jetzt zum Object selbst zurück.

Eine Verpfändung des baaren Geldes kömmt häufig vor. Sie kömmt nämlich so oft vor, als eine Verpfändung aller Güter, worunter baares Geld begriffen ist, vorkömmt. Aber auch eine besondere Verpfändung des baaren Geldes ist gar nichts Seltenes. Daß sie nicht noch häufiger vorkömmt, rührt daher, daß derjenige, welcher Pfänder giebt, des Geldes zu ermangeln pflegt und sie gerade giebt, um sich welches zu verschaffen.

Besonders wird wohl so leicht kein Pacht-Contract über ein irgend bedeutendes Grundstück geschlossen, wobei nicht von Seiten des Pächters ein sogenannter Vorschuß oder Vorstand geleistet würde. Es wird nämlich dem Verpächter eine Summe baaren Geldes hingegeben, damit er dadurch wegen der Erfüllung der Contracts-Verbindlichkeiten gesichert sey und sie nöthigenfalls zu seiner Befriedigung anwenden könne. Es kann nicht einen Augenblick bezweifelt werden, daß dieses Verpfändung sey, da ja die wesentlichen Merkmale einer solchen hier vorhanden sind, indem nämlich dem Gläubiger eine Sache hingegeben wird, die ihm Sicherheit gewähren, an die er sich halten, und aus welcher er sich nöthigenfalls bezahlt machen soll. Bei den Römern kam diese Verpfändung in der Art, wie sie bei uns gebräuchlich ist, nicht vor, aber sie ist den Grundsätzen des römischen Rechts nicht zuwider; sogar wird die Verbindlichkeit aus dem Pacht-Contract namentlich unter denjenigen genannt, zu deren Sicherstellung Pfänder gegeben werden können[10]). Und daß baares Geld

---

[10]) L. 5. D. de pign.

verpfändet werden könne, haben wir nur so eben gesehen. In Folge dessen kann auch namentlich, nach römischem Recht, baares Geld dem Verpächter hingegeben werden, damit er wegen der Erfüllung der Contracts-Verbindlichkeiten gesichert sey, wenn es auch bei den Römern nicht, oder wenigstens nicht so gewöhnlich und häufig, wie bei uns, geschahe.

Ueber diesen Gegenstand hat v. Balthasar eine eigene Abhandlung geschrieben [11]). Nachdem er das Geschäft selbst für Verpfändung erklärt hatte [12]), untersucht er [13]), ob es nicht etwa in ein anderes Geschäft übergehe? Er antwortet auf diese Frage, nach der Absicht der Contrahenten solle es ein gemischtes Geschäft, theils Verpfändung, theils Darlehn seyn [14]).

---

[11]) *Aug. Balthasar* de pecunia assecurationis in locatione conductione praediorum soluta, ejusque in concursu creditorum jure. Gryphiswaldiae 1739.

[12]) §. 10 sq.

[13]) §. 17.

[14]) Intuitu enim sortis, bemerkt er, seu ipsius, quantitatis hic verum contrahitur pignus, sed conditionale, cujus dominium, jure romano penes conductorem manet, securitatis tamen, causa locatori oppignoratum; intuitu specierum autem seu nummorum mutuum subesse credo. Solvit videlicet colonus pecuniam *abutendam* locatori petenti, qui, si nihil damni passus est, nihil contra pacta gesta desideret, nihil denique indemnitatis causa petere possit, pignoris effectibus non utitur, sed dum in genere eam restituit, mutui instar habet, in quo res fungibilis ita datur, ut tantumdem restituatur. Vult itaque conductor, ut, quousque locatio conductio duratura sit, nummi penes locatorem haereant, hic illos consumat, in ipso verum dominium quantitatis, quemadmodum in mutuo fit, perduret. Ab altera parte locator, si vel maxime pignoris nexu non opus futurum sit, prae se fert, se abusurum pecunia, crediti loco habiturum et exspirante contractu restituturum in genere esse. Ex qua mutua animorum conspira-

Das Geschäft ist, nach meinem Ermessen, nichts als Verpfändung und soll auch nach der Absicht der Contrahenten nichts Anderes seyn. Daß es von einer gewöhnlichen Verpfändung abweicht, davon liegt der Grund nicht in der Absicht der Contrahenten, sondern in der besonderen Natur des verpfändeten Objects. Die Eigenheiten, die bei Verpfändungen dieser Art vorkommen, sind bei diesen Objecten keine Eigenheiten, sondern bei ihnen so gewöhnlich, als sie bei andern ungewöhnlich sind. Wird baares Geld, und zwar, wie es zu geschehen pflegt und hier vorausgesetzt wird, unversiegelt und unverschlossen, dem Verpächter zur Sicherheit der Erfüllung der Contracts-Verbindlichkeiten von Seiten des Pächters hingegeben, so wird

1) der Verpächter — Eigenthümer der ihm hingegebenen Geldstücke, und hat nicht nöthig, dieselben Geldstücke zurückzugeben, wiewohl er es kann, sondern nur eben so viel, als er empfangen hat oder Tantundem;

2) als Eigenthümer hat er das Recht, die Sache zu gebrauchen und zu verbrauchen. Durch Beides weicht das Geschäft von einer gewöhnlichen Verpfändung ab und nähert sich dem Darlehn. Allein, wiewohl es in diesen Stücken mit dem Darlehn übereinkommt, bleibt es deshalb doch, was es ist und nach der Absicht der Contrahenten seyn soll, nämlich Verpfändung.

Es ist hier gerade derselbe Fall, wie wenn einem Andern Geld, unversiegelt und unverschlossen, zur Verwahrung hingegeben und zugezählt wird. Der Empfänger wird Eigenthümer des Geldes, er kann es verbrauchen und

tione mutui sane negotium usquequoque elucescit, neque sine contorta contractus natura, aliud quoquo modo elicere licet.

und ist nur verbunden, eine gleich große Summe zurückzugeben; dennoch bleibt das Geschäft ein Hinterlegungs-Contract und es kann mit der actio depositi daraus geklagt werden[15]). Dasselbe gilt auch ausser dem Deposito bei andern Contracten, die sonst nicht von der Art sind, daß durch sie das Eigenthum verändert wird; es gilt auch bei andern fungiblen Sachen, ausser dem Gelde[16]). Es liegt dabei eine allgemeine Regel zum Grunde. Wenn fungible Sachen dem Andern hingegeben werden, ist der Empfänger immer nur verbunden, *tantundem* zurückzugeben, falls nicht z. B. durch die besondere Art, wie sie dem Andern anvertraut sind, wie z. B. durch Versiegelung, die Absicht offenbart ist, daß der Empfänger dieselben Stücke dereinst zurückgeben, also sie nicht gebrauchen, oder, was hier einerlei ist, verbrauchen soll. Im entgegengesetzten Falle ist anzunehmen, es sey dem Geber nicht darum zu thun gewesen, dieselben Stücke zurück zu empfangen, wie ihm denn gewöhnlich nicht darum zu thun ist, und in Folge dessen tritt hier

---

[15]) *L.* 25. §. 1. *D. Depositi.* Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam, ad usus proprios convertit, *post moram* in usuras quoque *judicio depositi* condemnandus est.

[16]) *L.* 31. *D. Loc. Cond.* — Respondit, rerum locatarum duo genera esse: ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur: aut ejusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli. Ex superiore causa rem domini manere. Ex posteriori in creditum iri. Idem juris esse in deposito. Nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret: nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. — —

die Regel ein: In rebus fungibilibus tantundem est idem. Das Darlehn selbst kann als ein Geschäft betrachtet werden, wobei diese Regel die erste und vorzüglichste Anwendung findet. Der Empfänger würde nach der Absicht des Contracts dieselben Sachen, die er empfing, zurückgeben müssen, wenn diese Sachen nicht fungible wären.

Da also der Verpächter, der einen Pachtvorschuß empfangen hat, nicht verbunden ist, dieselben Stücke zurückzugeben, sondern nur eine gleich große Summe, so kann der Pächter, wenn er sie fordert, auf die Gegenforderungen aus dem Contract verwiesen werden. Was bei dem Deposito, selbst dem unregelmäßigen, dem Depositar nicht erlaubt ist, nämlich, dem Deponenten das anvertraute Gut vorzuenthalten oder es auf Gegenforderungen in Abrechnung zu bringen, das ist dem Gläubiger erlaubt, dem baares Geld verpfändet ist, eben weil dies Geschäft kein Depositum, sondern Verpfändung ist. Die Absicht der Contrahenten ist hier auch eine ganz andere, wie beim Deposito. Das Geld ist dem Gläubiger gerade dazu hingegeben, damit es nöthigenfalls zu seiner Befriedigung dienen solle. Die Absicht der Contrahenten geht nämlich dahin, daß der Verpächter diese Summe, *wenn er wegen der Forderungen aus dem Contract nicht auf andere Art befriedigt werden würde*, zu seiner Befriedigung anwenden, sie also in diesem Falle *gar nicht zurückzahlen soll*. Es ist hier gerade eben so, wie bei jeder andern Verpfändung, bei welcher der Gläubiger ebenfalls, wenn der Schuldner die Schuld nicht auf andere Art tilgt, aus dem Pfande seine Befriedigung suchen soll, nur daß sie hier nicht erst auf einem Umwege gesucht werden darf, sondern ihm unmittelbar zu Theil werden soll. Er behält also das Geld, und

rechnet es auf seine Forderung ab, so weit es zu seiner Befriedigung nöthig ist. Er thut dies, wenn nicht mit größerem, doch wenigstens mit eben dem Rechte, wie derjenige, dem eine ausstehende Forderung verpfändet ist, das Geld, was er vom Schuldner beigetrieben hat, auf seine Forderung abrechnet [17]), oder ein gewöhnlicher Gläubiger, der das Pfand verkauft hat, das Kaufgeld.

## III.

## Betrachtungen über das vom Gesetz bestellte Pfandrecht.

Das gesetzliche Pfandrecht ist eine der größten Anomalien des römischen Rechts, wenn es nicht die größte ist. Während das Gesetz dem Einen ein Recht beilegt, worauf dieser keine Ansprache gemacht hat, bürdet es dem Andern oder den Gütern des Andern, eine Last auf, ohne daß dieser seine Zustimmung dazu gegeben hätte. Es erweist Wohlthaten, die Niemand begehrt hat, und erweist sie auf Kosten desjenigen, der nicht darum gefragt ist. Es giebt dem Einen und nimmt dem Andern, ohne daß diejenigen, welche empfangen und geben, es wollen, und meistens, ohne daß sie davon wissen. Auf solche Art dringt es in den Kreis ein, welcher der Willkühr der Einzelnen überlassen ist, es maaßt sich an, über das Vermögen des Einzelnen zu verfügen, behandelt

[17]) L. 18. pr. D. de pign. act.

den Eigenthümer als unmündig und handelt an seiner Statt. Wie kann doch das Gesetz ein Pfandrecht bestellen! Auf die Art müßte es auch die Güter des Einzelnen verkaufen, vertauschen, verschenken können. Nur der Wille des Schuldners, nicht das Gesetz kann machen, daß gewisse ihm gehörige Sachen dem Gläubiger verpfändet sind, nur der Wille des Schuldners kann dem Gläubiger Rechte auf seine Sachen einräumen. Zwar, der Staat ist genöthigt, für die Befriedigung des Gläubigers zu sorgen, und könnte also auch wohl im Voraus gewisse Güter anweisen, aus denen der Gläubiger, wenn es nöthig ist, seine Befriedigung nehmen solle. Allein, darauf beschränkt das römische Recht sich nicht; es verpfändet Güter bald einzelne, bald alle, gerade in eben der Art, als hätte der Schuldner es gethan. Der Gläubiger erlangt ein Pfandrecht, als wenn der Schuldner es ihm gegeben hätte. Er kann die Sache, wenn die Bedingungen überhaupt dazu vorhanden sind, mit der hypothekarischen Klage verfolgen, er kann sie, wenn er zum Besitz gelangt ist, dem Schuldner bis zu seiner Befriedigung vorenthalten, er kann sie endlich zum Zweck seiner Befriedigung verkaufen, und alles dieß, ohne daß der Schuldner zuvor durch einen rechtskräftigen Richterspruch schuldig befunden und zur Zahlung verurtheilt wäre. Kurz, die Art von Selbsthülfe, die in dem Pfandrecht überhaupt verhüllt liegt, ist auch hier vorhanden [1]).

[1]) Alle Wirkungen, die dem Pfandrecht überhaupt zukommen, sind auch mit dem gesetzlichen verbunden. Quae de pignore expresso constituta sunt, ad tacitum quoque pignus pertinent. Legis quippe publicae si non major, certe eadem vis et auctoritas est, quae conventionis privatae. Dieß bemerkt Leyser (spec. 226. med. 2.). Besonders erhellet aus einzelnen Stellen, wie mit dem gesetzlichen

Dies ist etwas ganz Außerordentliches, und man muß sich billig wundern, daß eine so weise Gesetzgebung, wie die römische, sich so sehr verirren konnte.

Wenn wir, wie es sich eigentlich gebührt, alle diejenigen Fälle von dem gesetzlichen Pfandrecht absondern, in welchen das Gesetz das Pfandrecht nicht bestellt, sondern daß es (durch Vertrag) bestellt sey, vermuthet, so bleiben doch noch Fälle genug übrig, in welchen von einer solchen Vermuthung gar nicht die Rede ist, und das Gesetz geradezu und offenbar das Pfandrecht hervorbringt, so daß der Ursprung desselben lediglich und allein in dem Gesetz, nicht ausser ihm, zu suchen ist.

Aber, wird man fragen, wie kamen die Römer auf die seltsame Idee einer gesetzlichen Hypothek? Darüber lassen sich nur Vermuthungen wagen. Die Sache mag etwa diesen Gang genommen haben: Nachdem es zur Gewohnheit geworden war, bei verpachteten Grundstücken die Früchte und bei vermietheten Gebäuden die eingebrachten Sachen zu verpfänden, und man endlich dies, was so gewöhnlich verabredet ward, für verabredet annahm, ging das Gesetz noch

---

Pfandrecht die hypothekarische Klage verbunden sey. L. 1. C. Comm. de leg. §. 2. J. de legatis. Folglich steht das jus persequendi, was mit dem Pfandrecht überhaupt verbunden ist, dem Gläubiger auch beim gesetzlichen zu und daraus folgt weiter, daß er, der Besitz mit einer Klage verfolgen kann, sich im Besitz erhalten und gegen den Verlust desselben vertheidigen kann, welches auch in L. 5. C. In quibus causis pignus nicht undeutlich anerkannt wird. Daß ihm auch das Recht, zu verkaufen, zustehe, kann nicht bezweifelt werden. Ohne das Recht, zu verkaufen, oder überhaupt aus dem verpfändeten Object seine Befriedigung zu suchen, hat das Pfandrecht keinen Nutzen und — keine Bedeutung.

einen Schritt weiter, indem es eine Hypothek ertheilte, auch wo sie weder ausdrücklich noch stillschweigend ertheilt war. Es ging also von der Vermuthung des bestellten Pfandrechts zu der Bestellung selbst über.

Eins der ersten Beispiele dieser Art, wenn nicht das erste, ist das Pfandrecht an der *insula*, was unter Antonin, dem Philosophen, durch ein eigenes Senatusconsultum eingeführt ward. Zwar meint Westenberg, dieses Pfandrecht sey gleich dem Pfandrecht an den Früchten und eingebrachten Sachen *ob voluntatem praesumtam* vom Gesetz eingeführt [2]), allein das glaube ich nicht. Dem widersprechen

1) gleich die ersten Worte der hierher gehörigen Stelle des Papinian [3]): Senatusconsulto, quod sub Marco Imp. factum est, pignus insulae creditori datum. Nach diesen ausdrücklichen Worten muß man hier ein echtes gesetzliches Pfandrecht annehmen; denn das Gesetz vermuthet nicht, es sey verliehen, sondern verleiht es. Pignus *datum* est Senatusconsulto. Diese Ausdrücke schicken sich nicht für ein vermuthetes Pfandrecht; eben so wenig ist es wahrscheinlich, daß ein eigenes Senatusconsultum gegeben seyn würde, bloß für die Vermuthung eines Pfandrechts.

2) Für ein vermuthetes Pfandrecht ist es viel zu eingeschränkt. Denn warum sollte die Vermuthung eines Pfandrechts nur gerade demjenigen zu gute kommen, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld geliehen hat, warum nicht auch demjenigen, der zur Erbauung oder zum Ankauf eines Grundstückes Geld oder Geldeswerth borgte?

---

[2]) *Westenberg* princ. jur. sec. ordinem Digestorum tit. in quibus causis pignus §. 4.

[3]) *L. 1. D. in quibus causis pignus.*

3) Wird kein Mensch es wahrscheinlich finden, daß Einer, der zur Wiedererbauung verfallener Gebäude Geld leiht, deshalb gerade ein Pfandrecht haben will an dem wiederhergestellten Gebäude; vielmehr wird man sagen, hätte er ein Pfandrecht haben wollen, würde er sich ein solches ausbedungen haben.

4) Der Grund, weshalb das Gesetz dem Gläubiger, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld leiht, ein Pfandrecht an dem Gebäude verleiht, liegt sehr nahe. Ohne Zweifel bestand er darin, daß man auf diese Art, für die Erhaltung und Schönheit der Städte, besonders der Stadt Rom, sorgen wollte. Man hatte also die öffentliche Wohlfahrt vor Augen [4]). Man ertheilte dem Gläubiger das Pfandrecht, um ihn zu bewegen, Geld zu einem so wünschenswerthen Zweck zu leihen, und ertheilte es an dem wiederhergestellten Gebäude, weil dies Object das nächste dazu war. Bestand also der Grund in Rücksichten der öffentlichen Wohlfahrt, so kann er nicht zugleich in einem stillschweigenden oder vermutheten Vertrage liegen.

Von ungewissem Alter ist das Pfandrecht, vermöge dessen das gesammte Vermögen des Vormundes für Alles, was er aus der Verwaltung der Vormundschaft schuldig ist, dem Mündel verhaftet ist [5]). Es ward nicht erst von Constantin dem Großen eingeführt, sondern war lange vor ihm bekannt [6]). Dies Pfandrecht läßt sich durch die Vorsorge für das minderjährige Alter einigermaaßen entschuldigen; aber, daß es sich nach einer Constitution von Theodo-

---

[4]) *G. L. Boehmer* electa jur. civilis tom. 1. ex. 12. §. 10.

[5]) L. 20. C. de admin. tut.

[6]) Westphal im Pfandrecht §. 104. Note 124.

sius und Valentinian unter gewissen Umständen, nämlich, wenn die Mutter die Vormundschaft führte und sie zur zweiten Ehe schreitet, ehe den Kindern andere Vormünder bestellt sind, sie über ihre Verwaltung Rechnung abgelegt und, was sie daraus schuldig ist, bezahlt hat, daß es sich unter diesen Umständen sogar auf das Vermögen des Stiefvaters erstrecken soll [7]), von dem die Kinder nichts zu fordern haben, das heißt auf die eine Anomalie eine andere, noch größere, setzen, und diesen tollen Einfall mag in Schutz nehmen, wer da will.

Hingegen, was den Fiskus betrifft, bei den sonstigen außerordentlichen Vorrechten desselben, darf es uns eben nicht Wunder nehmen, wenn auch durch gesetzliche Hypotheken für ihn gesorgt ward, indem alle, die Steuern schuldig sind, und alle, die mit ihm Verträge geschlossen haben, es sich gefallen lassen müssen, daß ihre Güter vice pignorum oder pignoris titulo verhaftet sind. Kaiser Antoninus Caracalla war es, der dem Fiscus diese Hypotheken beilegte [8]).

Besonders freigebig mit Ertheilung von Hypotheken erwies sich Justinian; die meisten der gesetzlichen Pfandrechte rühren von ihm her. Gewöhnlich hebt er in solchen Fällen mit einer Art von Entschuldigung an. Als wollte er sagen, er sey nicht der Erste, der als Gesetzgeber Pfandrechte verliehen habe; Andere hätten schon vor ihm dasselbe gethan, und was Andere sich erlaubt hätten, werde auch ihm erlaubt seyn. So kann ein gegebenes böses Beispiel auch in der Gesetzgebung verderblich wirken.

---

[7]) L. 6. C. In quibus causis pignus.

[8]) L. 1. L. 2. C. In quibus causis pignus.

Justinian gab

1) dem Mann wegen Bezahlung des versprochenen Brautschatzes und wechselseitig der Frau u. s. w. wegen der Rückzahlung des bezahlten, Hypotheken, und führt als Grund an: Ita enim et imperitia hominum et rusticitas nihil eis poterit afferre praejudicii: cum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induxerimus providentiam [9]).

Er ertheilte

2) einer Frau eine Hypothek am Vermögen des Mannes, welcher ausstehende, nicht zum Brautschatz gehörige Forderungen der Frau beigetrieben, von Zeit der Beitreibung an gerechnet [10]). Habe sie selbst für ihre Sicherheit gesorgt, so solle es dabei das Bewenden haben: Sin autem minime hoc scriptum inveniatur: ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit.

Von Justinian rührt

3) die Hypothek her, die einer Frau wegen des Gegenvermächtnisses zusteht [11]).

Er gab

4) den Kindern die Hypothek wegen ihres Mütterlichen [12]).

Er sorgte

5) durch eine Hypothek für die Kinder eines Mannes, der zur zweiten Ehe geschritten. Denn nachdem Leo und

---

9) L. un. C. de rei ux. act.

10) Das Gesetz selbst spricht nur von ausstehenden Forderungen, nicht vom gesammten Paraphernal-Vermögen. L. ult. C. de pactis conventis.

11) L. 29. C. de jure dotium. Nov. 109. cap. 1.

12) L. 6. pr. §. 2 et 4. C. de bonis, quae liberis.

Anthemius das Vermögen einer Mutter, die zur zweiten Ehe geschritten, mit einer Hypothek belegt hatten [13]), räumte Justinian den Kindern eine eben dergleichen Hypothek am Vermögen des Vaters unter gleichen Umständen ein [14]).

Ihm verdanken

6) die Vermächtnißnehmer u. s. w. die Hypothek an den Gütern, welche dem Belästigten von dem Vermögen des Erblassers zugefallen sind [15]).

Als Grund führt er an: der Verstorbene habe das Vermächtniß deshalb hinterlassen, damit es denjenigen, die damit bedacht worden, auf alle Art zu Theil würde; — dieß ist grade, als wenn Einer sagte, er habe es ihnen gegeben, damit sie es haben sollten; — es sey daher seinem Willen gemäß, daß sie sich an die Sachen hielten, die der Belästigte empfangen habe u. s. w. Was hätte ein solcher Grund nicht für Maaßregeln rechtfertigen können.

Auf solche Art haben sich die gesetzlichen Hypotheken erst eingeschlichen und dann immer weiter ausgebreitet.

Nach meinem Ermessen, müssen alle gesetzlichen Hypotheken — aufhören. Sie, die man nie hätte einführen sollen, muß man gänzlich wieder abschaffen.

---

[13]) L. 6. C. de secundis nuptiis.

[14]) L. 8. §. 4. C. de secundis nuptiis.

[15]) L. 1. §. 1. C. comm. de legatis.

# IV.

## Vom Pfandrecht an den eingebrachten Sachen und Früchten.

Mit dem Pfandrecht an den eingebrachten Sachen hat es, nach der Lehre der Rechtsgelehrten, wahrscheinlich die Bewandtniß, daß bei der Menge armer Einwohner und der Theurung der Wohnungen im alten Rom die Eigenthümer der Häuser sich wegen des Miethgeldes nicht anders zu sichern wußten, als daß sie sich die eingebrachten Sachen verpfänden ließen. Es ist wohl sehr die Frage, ob gerade in diesem Umstande der Ursprung des Pfandrechts an den eingebrachten Sachen zu suchen sey. Denn auch die Früchte sind eben so gut und so lange und auf eben die Art, wie bei vermietheten Gebäuden die eingebrachten Sachen, verpfändet und auf die Früchte kann dieser Grund doch keine Anwendung finden. Ohne Zweifel war ein, beiden gemeinschaftlicher, Veranlassungs- oder Entstehungsgrund vorhanden, der uns unbekannt ist und dessen Aufsuchung keinen sonderlichen Nutzen verspricht. Mag nun der Grund zu solcher Vorsichtsmaaßregel gewesen seyn, welcher er will, die Gewohnheit der Verpfändung selbst kann nicht bezweifelt werden und daran kann es für uns genug seyn. Sie beruht auf dem eigenen Zeugniß der Gesetze, namentlich bei den Früchten [1]). Das Verpfänden der eingebrachten Sachen oder Früchte geschah so häufig und ward so gewöhn-

[1]) L. 61. §. 8. D. de furtis. Wegen der eingebrachten Sachen gehört hierher L. 1. pr. D. de migrando.

lich, daß es am Ende als etwas sich von selbst Verstehendes angesehen ward. Was ursprünglich ausdrücklich verabredet ward, gewöhnte man sich, als verabredet anzusehen [2]). Und so ist es eigentlich auch geblieben, bloß mit dem Unterschiede, daß zum Gesetz erhoben ist, was bis dahin Gewohnheit war. Denn das Pfandrecht, wovon hier die Rede ist, wird durch kein Gesetz ertheilt, es ist aber ein Gesetz dabei als vermittelnde Ursache wirksam; dieses nämlich, indem es die frühere Gewohnheit, die es als ertheilt ansah, bestätigte, sieht selbiges gleichfalls als ertheilt an. Daher ist das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen und Früchten, wiewohl es gewöhnlich zu dem gesetzlichen gerechnet wird, wenn man es genau nehmen will, eigentlich kein gesetzliches, sondern beruht, wie ich auch schon im Pfandrecht [3]) erwähnt habe, auf dem vermuthlichen Willen der Contrahenten [4]). Wenn man diese Ansicht gefaßt hat, so wird man sehen, wie alle hierher gehörigen Stellen sich vereinigen, sie zu bestätigen [5]).

Beruht aber dies Pfandrecht auf dem vermuthlichen Willen der Contrahenten, so, möchte man einwenden, müßte es nur von dem Pächter abhängen, es dem Verpächter zu entziehen. Er dürfte ja nur z. B. bei der Einbringung der Sachen, vor Notarius und Zeugen erklären, es sey seine Meinung gar nicht, daß diese Sachen dem Verpächter oder

---

[2]) *Balduin.* de pign. cap. 6. *Bachov.* ad Wesembecii Paratitla tit. in quibus causis pignus §. 2.

[3]) S. 131. 132.

[4]) Schon Bachov rechnete es zu dem stillschweigenden Conventional-Pfandrecht (*Bachov* c. l. Idem de pign. lib. 1. cap. XI. nr. 1.), oder vielmehr sey es ein gemischtes.

[5]) L. 4. D. de pactis. L. 11. §. 5. D. de pign. act. L. 4. D. In quibus causis pignus. L. 7. pr. D. eod. L. 7. C. eod.

Vermiether zum Pfande dienen sollten. Dann würde das Gesetz für diesen Fall keinen Grund haben, jene Vermuthung zu hegen; der vom Gesetz angenommene Wille würde dem wirklich erklärten, die Vermuthung der Wahrheit weichen müssen. Allein, dem Gesetz zufolge, ist mit der Verpachtnng oder Vermiethung zugleich auch die Verpfändung geschehen oder für geschehen anzunehmen, und diese einmal geschehene Verpfändung kann der Pächter oder Miether in der Folge nicht einseitig zurücknehmen, sondern, wie jede andere, würde sie durch Vertrag, die Sache solle nicht länger verpfändet seyn, wieder aufgehoben werden müssen. Ein Anderes wäre es, wenn der Pächter oder Miether gleich zu Anfange erklärt hätte, die einzubringenden Sachen oder die zu gewinnenden Früchte sollten nicht verhaftet seyn: dann würde der Verpächter oder Vermiether sich dieses entweder gefallen lassen oder auch vom Contract abstehen müssen. Kurz, der Pächter oder Miether hat nicht nöthig, dem Verpächter oder Vermiether jenes Pfandrecht zu ertheilen, nur muß er dies sogleich erklären und dadurch die gesetzliche Vermuthung ausschließen; er kann aber das einmal ertheilte dem Mitcontrahenten nicht einseitig wieder entziehen [6]).

Was insbesondere das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen betrifft, so wechseln die Ausdrücke: *invecta, illata*

---

[6]) In dem Satz selbst, daß eine Verwahrung gegen die Absicht der Verpfändung bei der Einbringung von keinem Nutzen sey, stimmt hiermit überein *Lauterbach.* Colleg. theor. pract. tit. in quibus causis pignus § 94, doch der wahre Grund entging ihm und überhaupt ist ihm die Darstellung dieser Aufgabe nicht gelungen.

oder *invecta et illata* in den römischen Gesetzen mit einigen gleichbedeutenden ab. Es ist nämlich auch bloß die Rede von *invectis*, auch von *inductis et illatis*, ingleichen von *illatis vel inductis* u. s. w. Mögen nun die *invecta et illata*, oder welchen Namen sie sonst führen, von Rechtswegen oder mögen sie ausdrücklich verpfändet seyn, so sind darunter nicht bloß begriffen die Sachen, welche zum Haus- oder Wirthschaftsgeräth gehören, sondern überhaupt alle eingebrachten Sachen des Miethsmanns. Namentlich gehörten dahin bei den Römern die Unfreien [7]). Ferner gehören dahin die eingebrachten Thiere, das Gold, das Silber, die Kleider, die Bücher, selbst das baare Geld u. s. w. [8]). Zwar unterschieden, was das Geld betrifft, die Alten, ob das Geld als Schatzgeld oder Nothpfennig — oder ob es zum täglichen Gebrauch eingebracht sey. Im letzteren Fall sey es nicht verpfändet. Als Grund führten sie an, weil Alles, was zum täglichen Gebrauch dient, von der allgemeinen Verpfändung ausgenommen sey [9]). Diese Ausnahme kann selbst bei der allgemeinen Verpfändung auf das Geld gar nicht bezogen werden, als welches vielmehr ohne allen Unterschied unter dem allgemeinen Pfandrecht begriffen ist; zweitens ist zwar das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen dem allgemeinen ähnlich, allein eine Ausnahme dieser Art kann hier gar nicht statt finden, weil, wenn die eingebrachten Sachen verpfändet werden, bestimmte Sachen als Gegenstand des Pfandrechts bezeichnet werden;

---

7) L. 5. C. in quibus causis pign.

8) *Voet* Com. ad Dig. lib. 20. tit. 2. §. 4.

9) *Lauterbach* Coll. theor. pr. tit. in quibus causis pignus §. 115.

und endlich, weil alle Sachen, oder die meisten, die ein Miethsmann mitbringt, zum täglichen Gebrauch dienen. Auch das eingebrachte Waarenlager ist verpfändet, doch, wie die Rechtsgelehrten annehmen, nur als universitas oder im Ganzen, nicht aber sind es die einzelnen Waaren [10]). Allein, ein pignus universitatis kann schwerlich in einer allgemeinen Verpfändung aller oder gewisser Güter enthalten seyn, sondern muß namentlich und ausdrücklich ertheilt werden. Es muß nämlich der Wille offenbart seyn, daß diese Sachen, die an und für sich betrachtet bloß einzelne sind, in dem Rechtsverhältniß, was unter diesen Personen bestehen soll, als *universitas rerum* oder *unum corpus* in Betrachtung kommen sollen. Auch ist im römischen Recht, wenn von der verpfändeten universitas rerum gehandelt wird, nur von der speciell verpfändeten die Rede. Bringt ein Miethsmann ein Waarenlager in die gemiethete Wohnung, so sind die einzelnen Waaren verpfändet, ja diese sind es allein und keine universitas corporum ist in diesem Fall verpfändet. Einige haben überhaupt daran gezweifelt, ob die eingebrachten Waaren als verpfändet zu betrachten, weil sie nur zu einem vorübergehenden Zweck eingebracht werden, indem sie zum Verkauf bestimmt sind [11]); allein, sie werden in der That eingebracht, damit sie in dem gemietheten Hause bleiben sollen, insofern sie nicht etwa, wie freilich der Besitzer wünscht, verkauft werden. Wenn nun gleich die einzelnen Waaren verpfändet sind und ein pignus universitatis hier nicht vorhanden ist, so werden doch dieselben

---

[10]) *Perez* ad tit. C. in quibus causis pignus nr. 5. *Struv.* syntagma ex. 26. lib. 20. tit. 2. §. 16.

[11]) z. B. *Brunnemann* ad L. 5. C. in quibus causis pignus.

Grundsätze, die von der taberna oppignorata gelten, auch in diesem Fall zur Anwendung kommen müssen. Die neu angeschafften Waaren sind als eingebrachte Sachen schon mit verpfändet. Was aber die verkauften betrifft, so kann ein Vermiether, der einen Handelsmann mit seinen Waaren in seine Wohnung aufnimmt, von dem er also weiß, daß er sie, wenn Gelegenheit dazu da ist, verkaufen und mit dem Verkauf derselben sein Gewerbe treiben wird, nicht darauf rechnen, an den einzelnen Waaren seine Sicherheit zu haben. Da das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen sich auf den vermuthlichen Willen der Contrahenten gründet, dürfen wir hier um so mehr, nach dem Beispiel der römischen Rechtsgelehrten, über Natur und Umfang desselben aus dem vermuthlichen Willen der Contrahenten Schlüsse ableiten.

Die alten Rechtsgelehrten haben sogar die Frage aufgeworfen, ob durch Einbringung der Schuldverschreibungen und Urkunden die Rechte und ausstehenden Forderungen stillschweigend verpfändet worden, worüber diese Schuldverschreibungen und Urkunden lauten. Nicht von allen ward sie verneint. Die gemeine Meinung und der Gerichtsgebrauch verneinten sie zwar, jedoch aus Gründen, die Lauterbach[12]) unzulänglich fand, da doch die seinigen auch nicht befriedigen. Sollte die Frage einmal aufgeworfen werden, so hätte die leichte Antwort so lauten müssen: Die Rechte und ausstehenden Forderungen sind nicht verpfändet, weil sie nicht eingebracht sind. Als unkörperlich sind sie so wenig eingebracht, als sie es werden konnten. Zwar ist

[12]) *Lauterbach* Coll. theor. pract. tit. in quibus causis pign. § 116.

ist der Schuldschein eingebracht; allein die Einbringung des Schuldscheins ist nicht in der Absicht geschehen, daß die Forderung, worauf er lautet, verpfändet seyn solle. Die eigentliche Verpfändung war der Einbringung schon vorhergegangen, und sie ging dahin, daß die einzubringenden Sachen verpfändet seyn sollten, worunter also nur körperliche gemeint seyn konnten. Beides mußte sich vereinigen, dies Pfandrecht zu Stande zu bringen, die Absicht der Verpfändung und wirkliche, bei diesem Object nicht mögliche, Einbringung. Das Eine läßt sich von dem Andern gar nicht trennen. Die eingebrachten Sachen sollten Sicherheit gewähren; die Rechte sind nicht eingebracht; folglich sind diese es nicht, welche Sicherheit gewähren sollen.

Die wichtigste Frage in dieser Materie betrifft die Wirkung dieses Pfandrechts. Viele haben die Meinung gehegt, wie das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen eine gewisse Eigenthümlichkeit habe, nämlich, daß der Schuldner bis zur Präclusion hin diese Sachen mit Freiheit veräussern könne, dergestalt, daß sie ohne die Last des Pfandrechts auf den neuen Erwerber übergehen würden; ja das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen nehme erst mit der Präclusion seinen Anfang [13]).

---

[13]) *Connan.* Comm. jur. civ. tom. 1. lib. 4. cap. 16. *Brunnemann* ad l. penult. D. quae res pignori. Auch Wesembeck gehört zu denjenigen, welche behaupten, eine allgemeine Verpfändung hindere nicht, daß der Schuldner die Sache nicht sollte mit Freiheit verkaufen können, und er beruft sich dabei auf L. 34. D. de pign. *Wesembecii* paratitla tit. in quibus causis pign. §. 6. Bachov bemerkt dazu in der Note: Nolo lector mihi unquam quidquam credat, nisi deprehendat, istam opinionem Wesembecii esse fal-

Nach römischem Recht, wenn der Miethsmann beim Ende der Miethszeit mit der Miethe in Rückstand bleibt, werden die eingebrachten Sachen auf Verlangen des Vermiethers eingeschlossen und unter Siegel gelegt [14]), eine Maßregel, die überhaupt und so auch in diesem Fall nur unter öffentlicher Auctorität geschehen kann [15]), und die Präclusion genannt wird. Diese Maßregel dient, zu verhüten, daß der Miether die eingebrachten Sachen oder Früchte nicht bei Seite schaffen kann, aber das Pfandrecht nimmt nicht erst mit ihr seinen Anfang; dasselbe war schon vorher vorhanden und giebt den Grund zur Präclusion ab; während durch das Pfandrecht die Befriedigung des Gläubigers beschützt werden soll, dient die Präclusion, das Pfandrecht zu beschützen; denn sie ist dazu bestimmt, das Object desselben dem Gläubiger zu erhalten. Daß ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen erst mit der Präclusion seinen Anfang nehmen solle, also mit einer Maßregel, die bloß zufällig ist, und die Dazwischenkunft einer öffentlichen Behörde, und zwar des Gerichts, erfordert, wird von den Contrahenten nicht beabsichtigt; vielmehr, wenn ihr Wille einfach dahin geht, daß die eingebrachten Sachen haften sollen, liegt es darin, daß schon die Einbringung das Pfandrecht hervorbringen, dieses also zugleich mit ihr entstehen soll, und dies wird auch bestätigt

sam. Die entgegengesetzte Meinung ist die gemeine. Ihr sind zugethan *H. Zoesius* ad Dig. tit. in quibus causis pignus nr. 11. *Lauterbach* l. c. §. 118. *Leyser* spec. 226. coroll. 2. und viele Andere.

14) L. 9. D. in quibus causis pignus.

15) L. 2. C. Ut nemini liceat sine judicis auctoritate signa imponere rebus alienis.

durch eine Stelle des Gajus, wornach der Zeitpunct der Einbringung zugleich der Anfang des Pfandrechts ist [16]. Hat nun das Pfandrecht sogleich mit der Einbringung seinen Anfang genommen, so folgt daraus klar, daß es sogleich mit der Einbringung wirksam ist. Von diesem Zeitpunct an gerechnet, bringt es die gewöhnlichen Wirkungen eines Pfandrechts hervor, und die davon ergriffene Sache kann durch einseitige Handlungen des Schuldners nicht wieder davon befreit werden. Wenn also der Schuldner sie veräussert, so ist dieses, was der Gläubiger nicht hindern kann, seinem Recht nicht nachtheilig; die Sache bleibt auch bei dem neuen Besitzer verpfändet, und der Grundsatz: *Transit res cum suo onere* findet auch hier Anwendung. Wer das Gegentheil behaupten will, muß das Gegentheil beweisen. Für denjenigen nämlich, welcher behauptet, das Pfandrecht daure fort, sprechen die Regeln, welche das römische Recht aufstellt, daß der Schuldner durch Veräusserungen dem Gläubiger das Pfandrecht nicht entziehen könne, die verpfändete Sache, wenn sie veräußert wird, mit der Last des Pfandrechts auf den neuern Erwerber übergehe u. s. w. [17]), und wer das Gegentheil lehrt, muß also beweisen, daß diese Regeln in Fällen vorliegender Art keine Anwendung finden. Eine Vergleichung dieses Pfandrechts mit dem Pignus tabernae hält nicht Stich. Was auch bei der Taberna nur Ausnahme und auch selbst bei der Taberna nicht über allen Zweifel erhaben ist, läßt sich auf das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen nicht ausdehnen.

---

16) L. 11. §. 2. D. Qui pot. in pign.

17) L. 15. C. de pign. L. 10. C. de remiss. pign. L. 12. C. de distr. pign.

Dieses nähert sich dem allgemeinen, es ist nämlich auf einer niedrigeren Stufe allgemein. Wenn nämlich das allgemeine Pfandrecht ein Inbegriff mehrerer besonderer Pfandrechte ist, was alle Sachen des Schuldners unter sich begreift, alle ohne Ausnahme: so ist das an den invectis et illatis ein Inbegriff mehrerer besonderer Pfandrechte, was alle Sachen des Schuldners unter sich begreift, die in die gemietheten Gemächer und Räume eingebracht sind.

Man hat freilich, um das Gegentheil zu beweisen, sich auf eine Stelle des römischen Rechts berufen — und wann hätte es Andersdenkenden je an dergleichen Stellen gefehlt? — allein, sie beweist nichts und dient vielmehr, statt jene Ausnahme von der Regel zu begründen, auch in diesem Fall, die Regel zu bestärken. Vermöge dieser Stelle des Paulus können nach römischem Recht Sclaven, die unter den verpfändeten eingebrachten Sachen begriffen sind, bis zur Präclusion hin frei gelassen werden, nach diesem Zeitpunkte aber nicht mehr, und besonders verpfändete können es niemals[18]). Es ist hier bloß von dem Unterschiede zwischen einer allgemeinen und besonderen Verpfändung, nicht aber, wie man irrig geglaubt hat, von dem Unterschiede zwischen einem ausdrücklichen und stillschweigenden

---

[18]) *L. 9. D. In quibus causis pignus.* Est differentia obligatorum propter pensionem, et eorum quae ex conventione manifestarii pignoris nomine tenentur: quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus: inhabitantes autem, manumittimus: scilicet antequam pensionis nomine percludamur: tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus: et derisus Nerva jurisconsultus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem, liberari posse.

die Rede. Denn zwischen einem ausdrücklichen und stillschweigenden zu unterscheiden, dazu giebt es überall keinen vernünftigen Grund; hingegen zwischen einem allgemeinen und besondern zu unterscheiden, dies läßt sich schon eher hören, und ist gerade für diesen Fall sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts ganz angemessen. Denn auch beim allgemeinen Pfandrechte steht es dem Schuldner frei, darunter begriffene Sclaven frei zu lassen, worauf dann das Pfandrecht an ihnen aufhört, als welches an dem freien Menschen nicht länger fortdauern kann [19]). Grade eben so ist es bei Sclaven, welche unter den eingebrachten Sachen begriffen sind, auch diese hören auf, Sclaven und verpfändet zu seyn; denn das Pfandrecht an ihnen war ebenfalls, wenn auch auf einer niedrigeren Stufe, ein allgemeines, eine Ansicht, die ich schon oben geäussert habe und durch jene Stelle des Paulus bestätigt wird. Dies ist also eine Ausnahme von der Regel, die auf Begünstigung der Freiheit beruht [20]) und in den nicht ausgenommenen Fällen die Regel bestärkt.

Nach allem diesem können wir mit Recht annehmen: Ganz auf dieselbe Art, wie das allgemeine Pfandrecht, ergreift dies, wovon hier die Rede ist, die eingebrachten Sachen vom ersten Augenblick ihrer Einbringung, also vom ersten Anfang des Pfandrechts, bis zum letzten Augenblick seiner

---

19) L. 3. C. de servo pignori dato manumisso.

20) *L. 6. D. in quibus causis pignus.* Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur *invecta* et *illata*, ac si specialiter convenisset: certe libertati hujusmodi pignus non officit, idque et Pomponius probat. ait enim, manumissioni non officere ob habitationem obligatum.

Dauer, und werden Sachen veräussert, die einmal eingebracht, also einmal vom Pfandrecht ergriffen sind, so geschieht dies *salvo jure pignoris* und der Grundsatz: *Transit res cum suo onere* ist auf alle und jede einzelne eben so anwendbar, als beim (ganz) allgemeinen Pfandrecht oder bei der ausdrücklichen Verpfändung.

---

## V.

## Vom Besitze eines Pfandgläubigers.

---

Das bloße Pactum hypothecae kann freilich den Besitz nicht verändern. Aber v. Savigny behauptet, daß auch der Gläubiger, welcher in Folge dessen zum Besitz gelangt ist, ein bloßer Inhaber sey. Wir haben keinen Grund, anzunehmen, bemerkt er, daß der Gläubiger, der sich durch die Actio hypothecaria die Detention verschafft, damit auch den juristischen Besitz erhalte [1]). Allein, wir haben den größten Grund, anzunehmen, daß er ihn erhalte. 1) Läßt es sich gar nicht glauben, daß es in Hinsicht auf den Besitz einen Unterschied machen sollte, ob Jemand, dem der Schuldner eine Sache verpfändete, sogleich unmittelbar durch den Contractus pignoratitius oder, nach eingetretener mora, in Folge des Pacti hypothecae, mittelbar dazu gelangt. Wenn der Schuldner im erstern Fall in eigenem Namen besitzt, wie läßt es sich glauben, daß er im letztern Fall in fremdem besitzen sollte? Der Grund, weshalb er im erstern

---

[1]) v. Savigny Recht des Besitzes, 5. Aufl. §. 24. S. 295. N. 3.

Fall in eigenem Namen besitzt, liegt doch ohne Zweifel nicht darin, daß der Schuldner ihm die Sache zum Pfande hingab, sondern daß er sie ihm verpfändete, welches beim Pactum hypothecae nicht weniger, wie beim Contractus pignoratitius geschieht. In beiden Fällen geschieht dasselbe, mit dem Unterschiede, daß durch das Pactum hypothecae der Besitz einstweilen noch nicht eingeräumt wird. Dieser Besitz kommt in dem angenommenen Falle in der Folge hinzu, und der Gläubiger, welcher die Actio hypothecaria mit Erfolg anstellt, erlangt durch Hülfe des Richters, was ihm bis dahin fehlte und der Schuldner beim Contractus pignoris gleich Anfangs gibt. Die bis dahin unvollkommene Verpfändung wird nun vollkommen und jener zu Anfange vorhandene Unterschied ist nun völlig verschwunden. Schon die Alten lehrten, wenn der Gläubiger in Folge des Pacti hypothecae durch Hülfe der Actio hypothecaria den Besitz erlange, dann nehme die zum Pfande bloß eingesetzte Sache die Natur einer zum Pfande hingegebenen an, es verwandle sich, wie sie sagen, die Hypothek in ein *pignus* (im engern Sinn) [2]. 2) Gibt es überhaupt keine dinglichen Klagen, wobei die Absicht des Klägers bloß darauf gerichtet wäre, mit Hülfe ihrer Detention zu erhalten. Diese Klagen stellt nur derjenige an, der Rechte auf die Sache hat, und sie für sich selbst besitzen will. Zwar übergehen von dem Einen zum Andern kann nie etwas Anderes, als bloße Detention und in sofern kann man sagen, jede habe nur diesen Zweck. Allein, wer eine dingliche Klage anstellen darf, der will die Sache nicht, wie z. B. ein Pächter, inne haben; er will sie wirklich besitzen und namentlich

---

[2]) *Bachov.* de pign. lib. 3. Cap. 4 nr. 1.

will er bei der Vindicatio pignoris Rechte an der Sache geltend machen, die selbst dem Eigenthum vorgehen, es ausschließen, ja es vernichten können. — Gegen diesen zweiten Beweisgrund kann man zweierlei einwenden. a) Papinianus sagt von der Actio hypothecaria: nudam possessionem avocat[3]). Allein *nuda possessio* bedeutet, nach dem Zusammenhange, nichts als Besitz, der kein Eigenthum und auch keine conditio usucapiendi im Gefolge hat. b) Wer von Gerichtswegen in den Besitz des Pfandes gesetzt ist, hat bloße Detention, und wenn er den Besitz verloren hat, steht ihm, wie es scheint, die Actio hypothecaria zu, die doch in diesem besonderen Falle auf nichts Anderes gerichtet seyn kann, als was ein solcher Gläubiger überhaupt nur hat und vorher nur hatte, nämlich Detention. Dies muß für diesen besondern Fall zugegeben werden; allein es läßt sich daraus auf andere Fälle nichts schließen, denn bekanntlich war es streitig unter den römischen Rechtsgelehrten, ob mit dem prätorischen Pfandrechte eine dingliche Klage zu verbinden sey, und erst Justinian, der diesen Streit entschied, legte, mit Vermeidung des Ausdrucks: Actio hypothecaria, dem Gläubiger, wenn er den Besitz verloren hat, das Recht bei, ihn von dem Besitzer wieder abzufordern[4]). Ueberdies kann das Pignus praetorium auch deshalb nichts beweisen, weil es überhaupt von der Regel abweicht. 3) Wenn wir für wahr annehmen, was v. Savigny lehrt, so würde daraus a) folgen, wenn der Gläubiger, wie gewöhnlich, die Klage gegen den dritten Besitzer, an welchen der Schuldner sie z. B. verkauft hat, mit Erfolg anstellt, daß dann — Niemand die Sache besitze, nicht der dritte Besitzer, der

[3]) L. 66. pr. D. de evict. | [4]) L. 2. C. de praetorio pign.

den Besitz abgeben mußte, nicht der Schuldner, der ihn aufgegeben hatte, nicht der Gläubiger, der ihn nicht erworben haben soll. Es würde daraus b) weiter folgen, daß die Verpfändung der Sache dem Gläubiger wenig Nutzen gewährte. Was den Gläubiger sicher stellt, ist der Umstand, daß er, gleich dem Eigenthümer, die Sache überall nehmen kann, wo er sie findet, um seine Rechte daran auszuüben, und daß er, sobald er zum Besitz gelangt ist, nicht nöthig hat, ihn abzugeben, bevor er befriedigt ist u. s. w. Aber sein Besitz würde sehr unsicher seyn und diese Rechte könnten ihm gar leicht de facto entzogen werden, wenn er nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Schuldners besäße. Er besäße dann in der That — nicht, und der Schuldner wäre es, der sich im Besitz befände und in dessen Gewalt es daher stände, ihm durch Veräusserung der Sache den Besitz jeden Augenblick aus den Händen zu winden, worauf er dann erst durch die Actio hypothecaria suchen müßte, ihn wieder zu erwerben, um ihn vielleicht im nächsten Augenblick — wieder zu verlieren. — Endlich 4) kann ich meinen Satz durch das Ansehen des im Pfandrechte so wohl bewanderten Bachov bestärken. Bachov lehrt Folgendes:

Porro possit quis forte credere, interesse hic inter pignus traditum ex conventione et inter rem hypothecae obligatam, quam postea creditor hypothecaria actione consecutus fuerit. *Verum nisi contrarium evidenter ostendatur: quod puto, nemo praestabit*, eandem hac in re statim rationem rei ab initio traditae, et postea per actionem hypothecariam, tradente sive debitore sive quocunque alio possessore, apprehensae [5]).

---

[5]) *Bachov.* de pign. lib. 3. cap. 6. nr. 1.

Wir sehen also, daß nicht bloß der Contractus pignoris, sondern auch das Pactum hypothecae wahren Besitz uns verschafft. Dasselbe gilt, mit Ausnahme des prätorischen Pfandrechts, in allen andern Fällen, da ein Gläubiger sich der Actio hypothecaria mit Erfolg bedient. Die vertragsmäßige Verpfändung ist für jede andere das Vorbild, und überdies sind die angeführten Gründe größtentheils auf sie nicht minder anwendbar.

## VI.

## Ob auch dem Schuldner das Beneficium excussionis reale zusteht?

Obwohl das Pfandrecht eines jüngern Gläubigers, so lange ein älterer vorhanden ist, niedergedrückt durch das stärkere Recht dieses ältern, unwirksam, ja genau genommen, nicht einmal vorhanden ist, so haben ihm doch die römischen Gesetze manche Rechte beigelegt, als stünde ihm ein Pfandrecht schon jetzt wirklich zu, was zur Zeit noch in suspenso ist. Zuvörderst ist es nur zum Nachtheil des vorgehenden Gläubigers nicht wirksam; denn gegen jeden, ausser dem vorgehenden Gläubiger, wird der nachstehende beim Besitz geschützt; ja er kann von jedem, ausser dem vorgehenden, die Sache mit der Actio hypothecaria abfordern; denn wollte ihm der Beklagte den Einwand entgegensetzen, die Sache sey einem Andern früher verpfändet, würde dies exceptio de jure tertii seyn. Aber selbst beim Zusammentreffen mit einem vorgehenden stehen ihm gewisse Rechte oder Rechts-

wohlthaten zu, deren Zweck darauf gerichtet ist, ihm das Mittel seiner Sicherheit und damit sein Recht selbst und vor der Hand wenigstens die Hoffnung dazu, jedoch ohne den Schaden des vorgehenden, zu erhalten. Nicht nur kann er den vorgehenden Gläubiger, der als Kläger mit der Actio hypothecaria gegen ihn auftritt, an den Schuldner verweisen, damit er zuvörderst den Versuch mache, von diesem seine Befriedigung zu erhalten, sondern, wenn der Vorgehende, dem das sämmtliche Vermögen und gewisse Güter besonders verpfändet sind, aus dem allgemeinen Pfandrecht gegen ihn klagt, kann er verlangen, daß er zuvörderst die besonders verpfändete Sache in Ansprache nehme. Kann der Vorgehende aus dieser seine Befriedigung erhalten, so soll er dem jüngern Mitgläubiger eine Sache nicht entziehen, die ihm vermöge seines allgemeinen Pfandrechts zwar gleichfalls verpfändet, für ihn aber zu seiner Befriedigung nicht nöthig ist. Sonst lehrt das römische Recht, ein Gläubiger, dem ein allgemeines Pfandrecht zusteht, gehe dem jüngern, dem eine, in jener allgemeinen Verpfändung begriffene, Sache späterhin besonders verpfändet worden, vor, obwohl jener aus den übrigen Gütern seine Befriedigung erhalten könne. Nur, wenn der ältere Gläubiger bedungen hat, daß die übrigen Güter bloß in subsidium haften sollten, nämlich, wenn die speciell verpfändeten zu seiner Befriedigung nicht hinreichen, geht der jüngere, wenn sie hinreichen, dem ältern, in Ansehung der übrigen, nicht sowohl vor, als er vielmehr an ihm gar keinen Nebenbuhler hat.

*L. 2 D. qui pot. in pign.*

Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamvis ex caeteris pecuniam suam redi-

gere possit. Quodsi ea conventio prioris fuit, *ut ita demum caetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset:* deficiente secunda conventione secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus invenietur.

Mit dieser Stelle pflegen die Ausleger die Wohlthat, wovon gegenwärtig die Rede ist und welche in einer Stelle des Codex ihren Sitz hat, in Verbindung zu setzen:

*L. 2. C. de pign.*

Quamvis constet, specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale jus in omnibus habere, jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque, si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Praeses Provinciae jubebit.

Es ist hier von einen Gläubiger die Rede, dem gewisse Güter besonders und daneben alle im Allgemeinen verpfändet sind, und von einem andern Gläubiger, dem gewisse, in einer allgemeinen Verpfändung begriffene, Güter späterhin besonders verpfändet sind. Vermöge seines ältern Pfandrechts, will der ältere Gläubiger dem jüngern die, in der allgemeinen Verpfändung begriffene und dem jüngern besonders verpfändete, Sache entziehen, welche dieser im Besitz hat; allein der Kaiser schreibt zurück, jener müsse sich — unter gewissen Bedingungen — zuvörderst an die ihm besonders verpfändete Sache halten. An und für sich hat der ältere Gläubiger ein gleiches Recht an allen, und dennoch soll er in dem angenommenen Fall zuvörderst den Versuch

machen, durch die besonders verpfändete Sache zu seiner Befriedigung zu gelangen. Dies ist eine Abweichung von der Regel des Rechts, oder vielmehr, es wird hier das strenge Recht durch Billigkeit gemildert. Von dieser Seite sahen schon die Glossatoren die Sache an und dabei hätte man stehen bleiben müssen. Allein die Ausleger warfen die Frage auf, worin wohl der Grund bestehen möge, weshalb der ältere Gläubiger genöthigt sey, sich zuerst an die besonders verpfändete Sache zu halten, und fanden ihn bald. Wenn, sagten sie, der Gläubiger neben einem allgemeinen Pfandrecht sich gewisse Güter besonders verpfänden läßt, so wird dadurch die Absicht offenbar, das jene principaliter, diese nur in subsidium haften sollen. Cujacius, von welchem diese Ansicht vielleicht ursprünglich herrührt, stellte den Grundsatz auf, wenn der besondern Hypothek eine allgemeine hinzugefügt werde, so verstehe sich die Bedingung, wovon Papinianus in jener Stelle — L. 11. D. qui pot. in pign. — spricht, ut ita demum caetera bona etc., auch wenn sie nicht ausgedrückt werde, schon von selbst [1]). Daraus ward weiter geschlossen, folglich müsse nicht nur ein nachstehender Pfandgläubiger, sondern auch ein Dritter und selbst der Schuldner, beim Besitz der besonders verpfändeten Sache so lange geschützt werden, bis der Gläubiger vergebens versucht habe, durch das allgemeine Pfandrecht zu seiner Befriedigung zu gelangen. Wenn man einmal eine gewisse Idee gefaßt hat, so geschieht es leicht, daß man die Bestätigung findet, auch wo sie nicht zu finden ist. Die Idee, die man mitbringt, schiebt man unvermerkt einem Andern unter, der

---

[1]) *Cujacius* libr. 3. Responsor. Papiniani (Opera tom. 4. p. 949.)

nichts weniger, als daran gedacht hat, sobald die Gelegenheit dazu nur irgend günstig ist. So geschah es auch hier. In L. 9. C. de distr. pign. fanden die Ausleger den Satz klar ausgesprochen, auch der Schuldner könne den klagenden Gläubiger auf die besonders verpfändete Sache verweisen, und dieser Irrthum der Glosse — denn schon die Glosse hatte diesen Satz in dieser Stelle gefunden — hat sich bis in die neuesten Zeiten bei Einzelnen, vielleicht bei den Meisten, erhalten.

Wenn es wahr wäre, was die Ausleger lehren, daß, im Fall dem Gläubiger ein allgemeines und besonderes Pfandrecht zugleich zusteht, die besonders verpfändeten Sachen principaliter, die übrigen nur in subsidium haften, wozu dann noch die andern Rücksichten, welche ihnen zufolge die Gesetze hier genommen haben sollen? Wäre der angegebene Grund richtig, so würde er allein ausreichen, und alle andern Rücksichten würden neben ihm höchst überflüssig und verwerflich seyn. Diese andern Rücksichten, deren die Ausleger hier gedenken [2]), sind mehr geeignet, das Gesetz zu erklären, als jener von ihnen angeführte Grund; neben einander können sie nicht füglich bestehen.

Ich habe mich schon vormals gegen jene Ausleger erklärt und bleibe auch in diesem Stück meiner frühern Ansicht getreu. In der neuen Auflage vom Pfandrecht ist daher, was über das Beneficium excussionis reale gesagt war, Alles unverändert geblieben. Aber ausführlicher, als es dort zweckmäßig schien, will ich hier die Gründe entwickeln, weshalb ich die ältere Ansicht verlassen habe und nicht zu ihr zurückgekehrt bin. Bei wiederholter Prüfung

---

[2]) *Perez* ad tit. C. de pign. nr. 18.

habe ich die ältere Theorie noch unhaltbarer, wie früher, gefunden; ja man wird sehen, wie ich ihr auch das Wenige entziehen werde, was ich ihr sonst noch eingeräumt hatte.

Um aber die Frage, wovon es sich hier handelt, recht genau zu erörtern, muß ich Folgendes voranschicken:

Es sind hier überhaupt drei verschiedene Fälle möglich, nach denen die Sache jedesmal ein etwas verschiedenes Ansehen gewinnt:

1) das allgemeine und das besondere Pfandrecht, beide, werden dem Gläubiger zu derselben Zeit bestellt;
2) es wird ihm zuerst ein allgemeines und in der Folge der Zeit ein besonderes bestellt;
3) es tritt der umgekehrte Fall ein. Nachdem ihm zuerst eine einzelne Sache zum Pfande eingesetzt war, wird ihm in der Folge das gesammte Vermögen verpfändet.

Welcher von diesen dreien Fällen ist hier gemeint? Das Gesetz redet, wie es scheint, allgemein, und müßte also auf alle bezogen werden. Allein, der zweite Fall ist wahrscheinlich nicht gemeint. Es wäre zwar möglich, ist jedoch im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß ein Gläubiger sich noch eine einzelne Sache besonders verpfänden ließe, die ihm bereits durch die allgemeine Verpfändung verpfändet ist. Dies wäre eine Handlung, die keinen vernünftigen Zweck hätte; die Stellung der Worte in jener Stelle des Codex deutet gleichfalls darauf hin, daß dieser Fall ausgeschlossen sey; sie scheint anzudeuten, daß zuerst gewisse Güter und darauf die übrigen alle verpfändet worden. Auf allen Fall will der Gläubiger durch die zweite Verpfändung nur gewinnen, nicht aber etwas einbüßen, und es wäre unbillig, eine Handlung, die auf seinen Vortheil berechnet ist, zu sei-

nem Nachtheil zu wenden. Auch der dritte Fall ist nicht gemeint; nämlich der Fall, worin der römische Imperator jenes Schreiben erließ, war nicht unter diesem dritten begriffen. Er gehörte unter den ersten; denn nur in Fällen der ersten Art konnte es heißen, der Gläubiger habe an allen einzelnen Sachen des Schuldner ein gleiches Recht. Was man aber von diesem ersten Fall annimmt, muß man suo modo auch von dem dritten gelten lassen, wenn auch dieser dritte Fall nicht namentlich genannt ist.

Es ist die Frage, ob die Römer in diesem ersten Fall ein Zusammentreffen einer besondern Hypothek mit einer allgemeinen gefunden haben würden, oder — nur eine allgemeine Hypothek. Denn gerade dies war die gewöhnliche Art, wie bei den Römern eine allgemeine Hypothek bestellt zu werden pflegte. Es wurden erst gewisse Güter verpfändet, und dann die übrigen hinzugefügt [3]). Ja, ich möchte selbst daran zweifeln, ob ein Zusammentreffen einer allgemeinen mit einer besondern Hypothek bei demselben Gläubiger, als dem berechtigten Subject, auch nur möglich sey. Die der besondern hinzugefügte allgemeine Hypothek kann immer nur auf das übrige Vermögen bezogen werden, also nicht allgemein seyn. Das Pfandrecht der einzelnen, namentlich genannten Güter und das

[3]) L. 15. §. 1. D. de pign. — Quod dicitur, creditorem probare debere, quum conveniebat rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae. —

das Pfandrecht an dem übrigen Vermögen stehen hier neben einander. Dadurch sind zu gleicher Zeit alle Güter verpfändet und an allen ist ein gleiches Recht begründet. Hätte etwa der Gläubiger gewisse Sachen besonders verpfändet und dann hinzugesetzt, überhaupt mein ganzes Vermögen, so würden die zuerst genannten Stücke, wie es auf den ersten Anblick scheint, doppelt verpfändet seyn, einmal würden sie besonders verpfändet und zweitens in der allgemeinen Verpfändung begriffen seyn. Doch ist dieser Fall, der den Worten der L. 2. C. de pign. am nächsten kommt, von dem vorigen schwerlich verschieden, und es mit der allgemeinen Verpfändung in solchen Fällen so zu nehmen, als wären von der hinzugefügten allgemeinen Verpfändung die bereits besonders verpfändeten Güter ausgenommen und als sollte nur das Uebrige noch verpfändet seyn. Man müßte ja sonst annehmen, es hätten die Contrahenten etwas sehr Ueberflüssiges gethan, nämlich das schon Verpfändete sogleich noch einmal verpfändet. Wenn umgekehrt der Schuldner erst das ganze Vermögen verpfändete und dann hinzusetzte, insbesondere mein Wohnhaus u. s. w., so würde auch in diesem Fall keine doppelte Verpfändung anzunehmen, sondern es würde vielmehr so anzusehen seyn, als wäre das Wohnhaus bei der ersten oder allgemeinen Verpfändung ausgenommen und für die sogleich folgende oder besondre aufgespart, auch dazu angewandt, oder, als wäre die Verpfändung des Wohnhauses, die in der allgemeinen enthalten war, zurückgenommen und durch eine besondere ersetzt worden. Ueberhaupt werden in Fällen dieser Art alle Güter verpfändet und nur einzelne besonders hervorgehoben.

Wenn man nun behauptet, bei einer solchen Verpfändung sey die Absicht der Contrahenten darauf gerichtet, daß die besonders verpfändeten zunächst haften sollen, die übrigen, im Allgemeinen verpfändeten, bloß zur Hülfe, nämlich, wenn jene nicht ausreichen, so bietet doch die Natur der Sache keinen hinlänglichen Grund zu dieser Behauptung dar. Mit so großer Sicherheit auch die Rechtsgelehrten ihren Satz aufstellen, so groß ihre Zahl ist, und so einig sie auch sind, ich bin genöthigt, mehr auf die Stimme der Wahrheit, als auf das Geschrei der Menge zu hören, und sage, was sie lehren, sey falsch. Vielmehr werden in Fällen dieser Art nur einzelne Güter *per excellentiam* besonders genannt, nicht als solche, welche zunächst haften sollen, während die übrigen nur in subsidium anzugreifen sind, sondern, welche dem Gläubiger mehr als andre Sicherheit gewähren. Mir wenigstens sind unzählige Fälle vorgekommen, in welchen allgemeine und besondre Hypothek verbunden waren, aber kein einziger, wo man hätte sagen können, es sey die Absicht der Contrahenten, daß die nicht besonders verpfändeten bloß haften sollen, wenn die besonders genannten zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinlänglich sind. Nichts berechtigt uns, den Paciscenten eine solche Absicht unterzulegen, und die Ausleger irren also wenigstens insofern, als sie schon in der Natur der Sache finden wollen, was nur etwa Satzung des römischen Rechts seyn könnte.

Allein, auch das römische Recht ist ihrer Meinung nicht günstig. Nichts berechtigt uns, anzunehmen, daß die römischen Gesetze eine solche Absicht vermuthen. Grade umgekehrt, sie sagen in dem angenommenen Fall, ein Gläubiger habe ein gleiches Recht an allen Gütern. Wo

haben wohl die Ausleger die Augen gehabt, daß sie das nicht gesehen haben? Steht doch deutlich im Gesetz zu lesen:

> Quamvis constet, specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et *aequale jus in omnibus habere etc.*

Hat man ein gleiches Recht an allen, wenn die eine Sache *principaliter*, die andre nur *in subsidium* haftet? Es ist eine Milderung des strengen Rechts und ein besonderes Beneficium, vermöge dessen der nachstehende Gläubiger den vorgehenden nöthigen kann, zuvörderst aus der besonders verpfändeten Sache seine Befriedigung zu suchen, und ihm inmittelst die Sache, die er im Besitz hat, nicht zu entziehen.

Daß es bloß Billigkeit sey, was in Betrachtung kömmt, erhellet deutlich aus folgenden Umständen: Einmal, wenn dem Beklagten auf dem Wege der Auslegung geholfen werden sollte, war es thöricht, sich den Weg dazu selbst zu versperren, indem man ihm das Recht zuerst beilegte, was man ihm absprechen wollte. Es konnte nimmermehr gesagt werden, er habe ein gleiches Recht an allen, und dann wieder, er habe es nicht, sonst müßte er zu gleicher Zeit dies gleiche Recht haben und nicht haben. Besonders erhellet es zweitens aus demjenigen, was hier in Folge jener Stelle im Codex vorausgesetzt wird. Es muß nämlich ausgemacht seyn, daß die besonders verpfändeten Sachen zur Befriedigung des Gläubigers hinlänglich sind. Wäre es nicht Billigkeit, sondern Auslegung des Willens, was hier in Betrachtung käme, so würde der Gläubiger beweisen müssen, daß die besonders verpfändeten Sachen zu seiner Befriedigung nicht

ausreichten, daß hier also der Fall eingetreten sey, auf welchen ihm die übrigen Güter verpfändet worden. Jetzt muß umgekehrt ausgemacht seyn, daß sie ausreichen. Dies ist conditio, sine qua non für den Beklagten, der sich gegen das Andringen des Gläubigers und die Gewalt seines Rechts beim Besitz behaupten will. Denn dadurch liegt klar zu Tage, daß er nur darauf ausgeht, den Beklagten um sein Pfandrecht zu bringen, wenigstens, daß er von seinem Rechte einen ungebührlichen Gebrauch macht, indem er dem Beklagten Sachen entzieht, deren er selbst nicht bedarf, die dem Beklagten aber zu seiner Sicherheit nöthig sind.

Die Ausleger sind, wie es scheint, dadurch gehindert, die Wahrheit zu erkennen, daß sie gleich zu Anfange eine falsche Vorstellung mitgebracht haben. Sie haben nämlich die beiden Stellen, worauf es hier ankömmt, die Pandectenstelle und die Stelle im Codex, nicht genau mit einander verglichen, und daher ist es gekommen, daß sie auf den Gedanken gerathen sind, die Pandectenstelle rede bloß von dem Fall, da dem Gläubiger ein allgemeines Pfandrecht bestellt ist, die Stelle im Codex von dem Fall, da ein allgemeines Pfandrecht dem besondern hinzugefügt worden; im letztern Falle verstehe sich das von selbst, was im erstern besonders verabredet seyn müsse, nämlich, daß die im allgemeinen begriffenen Sachen erst haften, wenn die besonders verpfändeten nicht ausreichen. Allein beide Stellen reden ganz von denselben Fällen. Es tritt dabei hier ein Fall ein, der, wie jeder Rechtsgelehrte weiß, im römischen Recht so gar selten nicht ist, da nämlich zwei Stellen Sätze nthalten, die einander entgegengesetzt sind, und sie sind dadurch zu vereinigen, daß die eine Stelle vom strengen

Recht zu erklären ist, die andre von einer Milderung des strengen Rechts durch Billigkeit. Vom strengen Recht handelt die Pandectenstelle und von der Milderung durch Billigkeit die Stelle im Codex.

Daß beide Stellen ganz denselben Fall zum Vorwurf haben, daran kann nicht gezweifelt werden. Ich habe schon oben bemerkt, wie die allgemeine Verpfändung bei den Römern in der Art geschahe, daß einzelne Sachen namentlich genannt wurden, und dann alles übrige Vermögen hinzugefügt ward. Dies, was aus L. 15. §. 1. D. d. pign. ersehen ist, wird bestätigt durch jene Pandectenstelle, die hier mit der Stelle des Codex in Streit liegt, durch jenen Anspruch des Papinian in L. 2. D. qui pot. in pign. Die Bestätigung liegt nämlich darin, daß ohne diese Voraussetzung der zweite Satz, den Papinian aufstellt, zu dem ersten gar nicht passen würde, während man unter jener Voraussetzung deutlich sieht, wie genau beide zusammenhängen und wie der Uebergang von dem einen Satz zu dem andern so ganz natürlich war. Von eben einem solchen Falle einer allgemeinen Verpfändung, da zuerst gewisse, namentlich genannte, Güter verpfändet und sodann alles Uebrige hinzugefügt worden, spricht auch die Stelle im Codex. Die Pandectenstelle sagt ausdrücklich, daß in einem solchen Falle der Gläubiger, dem jenes allgemeine Pfandrecht zusteht, dem Mitgläubiger vorgehe, dem eine, in der allgemeinen Verpfändung begriffene, Sache späterhin besonders verpfändet ist, obgleich er aus dem übrigen Vermögen befriedigt werden kann, und die Stelle im Codex giebt dies zu, sie sagt, er habe ein gleiches Recht an allen, gehe folglich auch in Ansehung dieser einzelnen Sache dem Mitgläubiger vor, und könne sie ihm ent-

ziehen. Aber dennoch, setzt sie hinzu, ist dieser Grundsatz, der dem strengen Recht vollkommen gemäß ist, in der Anwendung sodann nicht zu befolgen, wenn es ausgemacht ist, daß die besonders verpfändeten Sachen zur Befriedigung des Gläubigers ausreichen; in diesem Fall muß der erste Gläubiger sich zuvörderst an die ihm besonders verpfändeten Sachen halten und durch sie zu seiner Befriedigung zu gelangen suchen. Die in der Pandectenstelle hinzugefügte Ausnahme kam hier gar nicht in Betrachtung, sondern bloß die Regel. Die Ausnahme war nämlich, der Gläubiger müsse sich zuerst an die besonders verpfändeten Güter halten, wenn ausdrücklich bedungen sey, wie das übrige Vermögen nur in subsidium haften solle; eine solche Bedingung war in dem Fall nicht gemacht, welcher dem Imperator zur Beurtheilung vorgelegt ward, und konnte also von ihm nicht berücksichtigt werden. Und mit welchem Recht durfte Cujacius behaupten, daß, im Fall der besondern eine allgemeine Hypothek hinzugefügt wird, nach der Stelle des Codex eine Bedingung für hinzugefügt anzunehmen sey, von welcher die Pandectenstelle, und am Ende noch dazu ganz ausdrücklich in Beziehung grade auf eine solche Verbindung, lehrt, daß sie sich keineswegs von selbst versteht, sondern der zweite Gläubiger könne nur dann den ersten auf die besonders verpfändete Sache verweisen, wenn eine solche Bedingung ausdrücklich hinzugefügt worden sey.

Es steht also der Satz fest. Auch der Gläubiger, dem gewisse Güter besonders verpfändet sind, und dem daneben das übrige Vermögen im Allgemeinen verpfändet ist, dieser Gläubiger ist nicht schlechter daran, als ein anderer, dem das gesammte Vermögen simpliciter verpfändet ist. Er

darf jede, in der allgemeinen Verpfändung begriffene, Sache so, als wäre sie ihm besonders verpfändet, zu seiner Befriedigung anwenden und einen jüngern Mitgläubiger davon ausschließen. Dieser kann ihn aber, wenn er von ihm auf Auslieferung einer in der allgemeinen Verpfändung begriffenen Sache belangt wird, unter gewissen Bedingungen auf die besonders verpfändete Sache verweisen, damit er zuerst den Versuch machen möge, durch sie zu seiner Befriedigung zu gelangen.

Dies ist eine Abweichung von der Regel des Rechts, die wir nicht weiter ausdehnen dürfen, als sie im Gesetz gegeben ist. Nur der nachstehende Gläubiger darf den vorgehenden auf die besonders verpfändete Sache verweisen, und zwar unter den Bedingungen, die das Gesetz an die Hand giebt; der vorgehende muß die Sache nicht besitzen, der nachstehende muß sich im Besitz befinden; es muß ausgemacht seyn, daß die, dem Kläger besonders verpfändeten, Sachen zu seiner Befriedigung hinlänglich sind. Ich würde sogar glauben, es werde vorausgesetzt, daß beim Verpfänden die besonders verpfändeten Sachen zuerst genannt sind und die allgemeine Verpfändung der besondern gefolgt ist. Dies ist den Worten des Gesetzes und den Ideen, die hier etwa zum Grunde liegen, angemessen.

Fragt man nämlich, warum soll der Gläubiger genöthigt werden, sich zuerst an die besonders verpfändete Sache zu halten, so hat man wohl gedacht, die Sachen, die zuerst genannt sind, könnten auch wohl zuerst haften; sie, die gleichsam an die Spitze gestellt sind, müßten auch billig den ersten Angriff aushalten. Aber, wenn dies auch mehr wäre, als eine bloße Hypothese über etwas, was nicht einmal einen rechten Grund, sondern mehr nur einen Vorwand

abgiebt, würden wir doch nicht berechtigt seyn, das Gesetz weiter auszudehnen, und was das römische Recht unter gewissen Bedingungen nur billig fand, auch ohne diese Bedingungen billig zu finden, oder den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, wenn allgemeines und besonderes Pfandrecht zusammentreffen, so haften die besonders verpfändeten Güter principaliter, die übrigen nur in subsidium. Daraus würde sogar folgen, daß der jüngere Gläubiger als Kläger gegen den ältern auftreten könne, wenn dieser Sachen besitzt, die zwar in der allgemeinen Verpfändung begriffen, dem Kläger aber besonders verpfändet sind. Er dürfte nämlich verlangen, er solle sich zuerst an die ihm besonders verpfändeten Sachen halten, und die übrigen Sachen herausgeben, die ihm nur in subsidium verpfändet worden. Dies alles ist dem römischen Recht nicht gemäß, steht vielmehr mit seinen Grundsätzen in offenbarem Widerspruch.

Besonders scheinen diejenigen zu irren, welche glauben, der Schuldner selbst dürfe sich mit einer Wohlthat schützen, wovon man schon a priori wissen kann, daß sie ihm nicht zustehen kann. Denn

1) was für den nachstehenden Gläubiger Wohlthat ist, würde für den Schuldner das Gegentheil seyn. Was hülfe es dem Schuldner, wenn der Gläubiger sein vorzüglichstes Vermögensstück zuerst angreifen müßte und das minder vorzügliche zuletzt? Mit einer solchen Wohlthat würde ihm wenig gedient seyn und er sich dafür bedanken.

2) Steht die Analogie des beneficii excussionis personalis entgegen. Der Wohlthat nämlich, wovon hier die Rede ist, ist jene andre ähnlich, da ein mit der hypothecarischen Klage in Ansprache genommener Besitzer verlangen kann, daß der Gläubiger zuerst die persönliche anstelle. Die-

selbe steht bekanntlich dem Schuldner nicht zu. Dieser kann den Kläger nicht von dem Besitzer an den Schuldner verweisen. Und eben so wenig, wie er dieses kann, steht es ihm zu, ihn von dem Besitzer der einen Sache zu dem Besitzer der andern hinzuweisen. Das Recht, zu wählen, was dem Kläger in beiden Fällen zusteht, bald zwischen der persönlichen und dinglichen Klage, bald zwischen der Verfolgung des einen oder des andern Pfandstückes, bleibt in beiden Fällen erhalten, und durch keine Wohlthat, die der Beklagte gegen den Kläger geltend machen könnte, wird es in seiner Wirksamkeit gehemmt.

Man könnte zwar sagen, hier sey eigentlich, dem Ursprunge nach, von keiner gesetzlichen Wohlthat die Rede, sondern von einer Milderung des strengen Rechts durch Billigkeit. Ein römischer Princeps habe es einmal billig gefunden, daß einem nachstehenden Gläubiger eine Sache von einem vorgehenden nicht entrissen werden dürfe, wenn jener aus einer andern ihm besonders verpfändeten befriedigt werden könne. Allein, wenn man dies auch zugiebt, für den Schuldner ist dadurch nichts gewonnen. Wer möchte wohl schließen, weil für den nachstehenden Gläubiger die Billigkeit spricht, folglich spricht sie auch für den Schuldner; sind doch beide Fälle sehr verschieden. Denn der Schuldner muß den Gläubiger immer befriedigen, sey es nun mit dieser oder jener Sache; hingegen für den Gläubiger geht das Pfandrecht verloren, seine Sicherheit steht auf dem Spiel, und damit oft seine Befriedigung.

Will man aber, trotz alles dessen, auch dem Schuldner jenes Recht beilegen, so thäte man wenigstens besser, sich dabei auf dieselbe Stelle zu stützen, die es dem nachstehen-

den Gläubiger verleiht, als auf eine Stelle, die gar nicht hieher gehört.

Sie steht im Titel des Codex *de distractione pignoris*, und wir erfahren durch sie, wenn wir es noch nicht wußten, daß der Verkauf eines Pfandes *palam et solemniter* geschehen müsse. Für diesen Satz steht sie hier. Es soll aber ein anderer Satz nebenher darin enthalten seyn, der weit wichtiger ist, als jener, und der, wenn er wirklich darin enthalten wäre, ihr einen Platz im Titel *de pignoribus* oder: *qui potiores in pignori* verschafft haben würde. Schon hieraus wird es wahrscheinlich, daß die Rechtsgelehrten den zweiten Satz, indem sie ihn auf das beneficium excussionis bezogen, falsch verstanden haben.

In der Stelle selbst antwortet der Kaiser auf eine von Seiten gewisser Gläubiger an ihn ergangene Anfrage: Verkauft die Euch verpfändete Sache *palam et solemniter*, reicht der Kaufpreis zu Eurer Befriedigung nicht hin:

> non prohibemini, caetera etiam bona jure conventionis consequi.

Wie dürfte man wohl, ohne die Anfrage zu kennen, aus diesen bloßen Worten schließen: folglich hat der Schuldner das Recht, wenn dem Gläubiger zugleich eine allgemeine und besondere Hypothek bestellt ist, den gegen ihn, vermöge des allgemeinen Pfandrechts, klagenden Gläubiger zuerst auf die besonders verpfändete Sache hinzuweisen. Von allem dem steht in der Stelle auch nicht ein Wort. Wir wissen gar nicht, daß es überhaupt die Absicht der Gläubiger war, sich zuerst an Sachen zu halten, die in der allgemeinen Verpfändung begriffen waren. Wir wissen selbst nicht einmal, daß ein

Streit mit dem Schuldner obwaltete; denn das *debitoribus detrectantibus solutionem* drückt überhaupt die Bedingung des juris distrahendi aus; auch würde in einem bereits anhängigen Rechtsstreit von einem der streitenden Theile schwerlich eine Anfrage angegangen seyn. Diese Anfrage war ohne Zweifel allgemein gestellt.

Soviel sich aus der Antwort schließen läßt, hatten die Gläubiger beim römischen Princeps — der es sich bekanntlich gefallen lassen mußte und schon gewohnt war, auch in den unbedeutendsten Sachen und die gar keine Zweifel leiden konnten, um Rath gefragt zu werden — angefragt, da der Schuldner die Zahlung verweigere, wie sie sich beim Verkauf des Pfandes zu verhalten hätten. Sie hatten dabei den Zweifel geäussert, das Pfand dürfte wohl nicht soviel werth seyn, daß der Kaufpreis zu ihrer Befriedigung ausreichen werde, wie sie sich also in diesem Fall weiter zu verhalten hätten, ob sie auch wohl andere Vermögensstücke angreifen könnten u. s. w.? Auf eine Anfrage dieser Art paßt die Antwort völlig, und man sieht zugleich, daß alles, was sie enthält, zur *distractio pignoris* — dem Vorwurf des Titels — gehört.

Hingegen ist es sehr weit hergeholt, wenn man diese Stelle mit L. 2. C. de pign. in Verbindung bringt, und dem Schuldner das Recht beilegt, den klagenden Gläubiger, der eine Sache vermöge des allgemeinen Pfandrechts in Anspruch nimmt, auf die besonders verpfändete Sache zu verweisen. Dies ist als eine Wohlthat für den nachstehenden Pfandgläubiger anzusehen, die er begehren und gegen den Kläger durch eine Einrede geltend machen muß, wodurch das strenge Recht gemildert, die stricto jure gegründete Klage propter aequitatem entkräftet wird. Stände

dem Schuldner eine eben solche Wohlthat zu, so würde doch hier, in der Antwort auf eine Anfrage des Gläubigers, schwerlich davon die Rede seyn, und am allerwenigsten würde dem Gläubiger selbst das Recht, zu klagen, abgesprochen seyn. Vielmehr würde die Klage an sich auch gegen den Schuldner gegründet, und es zu erwarten seyn, daß er von jener Wohlthat Gebrauch mache und dem Kläger eine hierauf gegründete Einrede entgegensetze.

Die Worte: *jure conventionis* können, wie ich schon vormals angenommen, von einer ausdrücklichen Verabredung verstanden werden, wornach die übrigen Güter nur *in subsidium* haften sollten. Sie bezögen sich also auf denselben Fall, wovon in der L. 2. D. qui pot. in pign. die Rede ist.

Sie können aber auch noch einen andern Sinn haben, den ich schon in der zweiten Auflage des Pfandrechts mit wenig Worten angedeutet habe, in der Absicht, die Sache hier weiter auseinander zu setzen. (Dies ist das Einzige, was hier hinzugekommen ist).

Nämlich *Conventio* bedeutet bekanntlich nicht bloß das freundschaftliche Zusammenkommen bei Verträgen, sondern auch das feindliche Zusammenrreffen beim Streiten vor Gericht. Wie, wenn grade in der letztern Bedeutung der Ausdruck hier gebraucht wäre? Die Worte *jure conventionis* würden dann etwa durch: nach Klagerecht, oder, nach dem Recht, was der Prozeßgang gewährt, zu übersetzen seyn. Zu allem, was die Ausleger in die Stelle hineingelegt haben, käme dann auch das allgemeine Pfandrecht, was mit dem besondern zusammentreffen soll, und wovon in der Stelle kein Wort enthalten ist. In der That, wo steht es denn, daß die übrigen Gü-

ter dem Gläubiger verpfändet waren? Und wo steht es, daß er sie mit der *actio hypothecaria* verfolgen könne? Kommen diese Ausdrücke im Gesetz oder kommen auch nur gleichbedeutende vor? Und ist es wohl glaublich, daß der Kaiser ein ganzes Vermögen in complexu als Object einer Klage bezeichnet haben würde, die nur einzelne Sachen zum Gegenstande haben kann? Es wird bloß gesagt: Quodsi quid deerit, non prohibemini, *caetera etiam bona jure conventionis consequi.* Diese Worte lassen sich nur durch bloße, wenigstens sehr gewagte, Vermuthung von einem allgemeinen Pfandrecht, was dem Gläubiger bereits zustand, hingegen ganz leicht und natürlich von einem im Wege des Rechts zu erlangenden, kurz, von einer in diese übrigen Güter zu vollziehenden gerichtlichen Hülfe (Execution) erklären[4]). Das Wort *specialiter*, was zu Anfange vorkömmt, kann hiergegen nicht in Betrachtung kommen; denn es hat oft die Bedeutung von ausdrücklich, auch läßt sich der Ausdruck schon als Gegensatz des, an den übrigen Gütern, nöthigenfalls an allen, durch Abpfändung zu erlangenden, Pfandrechts erklären.

---

[4]) Auf diese Spur hat mich gebracht, was Westphal im Pfandrecht §. 35. S. 89. über den Sinn dieser Stelle sagt. —

## VII.

## Von wiederholter Verpfändung derselben Sache.

---

Wenn der Schuldner eine Sache, die er einem Gläubiger bereits verpfändet hat, einem zweiten aufs Neue verpfändet, so fängt das Pfandrecht des zweiten erst an, wenn das Pfandrecht des ersten erloschen ist. Der Gläubiger, dem eine verpfändete Sache verpfändet wird, hat vor der Hand noch kein wirkliches Pfandrecht, sondern eine bloße spes pignoris. Diese Sätze, die ich in der zweiten Auflage meines Werks vom Pfandrecht, unter Beziehung auf eine Stelle des Africanus — L. 9. §. 3. D. Qui pot. in pign. — aufgestellt habe, finden ihre Bestätigung durch eine Stelle des Gajus

*L.* 15. §. 2. *D. de pign.*

Qui res suas jam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius easdem res obligant, praedicere solent, *alii nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata,* ut sit pignori, hypothecaeve id, quod pluris est, aut in solidum, cum primo debito liberata res fuerit. De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat: an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit, ut sit hypothecae. Et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata. An adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus.

Wer wissentlich eine fremde oder einem Anderen verpfändete Sache verpfändet, ohne den Gläubiger von dem Daseyn des älteren Pfandrechts zu unterrichten, begeht nach römischem Recht ein crimen stellionatus [1]). Dieser Gefahr zu entgehen, pflegte bei den Römern der Schuldner in der Schuldverschreibung zu bemerken, die Sache sey bereits verpfändet und solle dem zweiten Gläubiger zum Pfande dienen, soweit sie zur Befriedigung des ersten Gläubigers nicht nöthig sey, oder, soweit sie mehr werth sey, als die Forderung des ersten Gläubigers beträgt, oder auch, sie solle ihm *in solidum* zum Pfande dienen, sobald der erste Gläubiger befriedigt oder überhaupt sein Pfandrecht erloschen seyn würde. Dies Letztere ist der Natur einer zweiten Verpfändung angemessen; daher sagt der Rechtsgelehrte, es sey in allen Fällen als beabsichtigt anzunehmen, auch wenn bloß verabredet ist, das Pfand solle soweit haften, als es mehr werth ist.

Et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata.

Die Schlußworte:

An adhuc pars?

enthalten eine Art von Rückfall, wovon der Rechtsgelehrte

---

1) *L.* 36. §. 1. *D. de pign. actione.* Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque, vel si quis alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. Plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignorata, dici debebit, cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pignoratitiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

sich doch sogleich wieder erholt. Der Zweifel, den er so eben von sich wies, kehrt noch einmal zurück, um sogleich noch einmal verworfen zu werden. Als wollte der Rechtsgelehrte sagen: Oder ist ihm auch jetzt nur ein Theil der Sache verpfändet? Nein, die ganze.

Ueberhaupt ist es ein allgemeiner Grundsatz bei einer, an Mehrere nach einander geschehenen, Verpfändung: Die Sache dient dem zweiten Gläubiger zum Pfande, sobald der erste befriedigt ist. Die Vorsichtsmaßregel, daß der Schuldner im Schuldschein sagt, die Sache sey bereits verpfändet und solle haften, soweit sie zur Befriedigung des ersten Gläubigers nicht nöthig sey, oder, soweit sie mehr werth sey, als die Forderung des ersten Gläubigers beträgt u. s. w., ändert in Hinsicht auf die Natur des Pfandrechts nichts und hat einen Nutzen bloß in Hinsicht auf das periculum stellionatus.

---

# II.

## Von der
## universitas rerum,

besonders von derjenigen, welche die Rechts=
gelehrten universitas facti nennen.

---

# Vorrede.

Als ich mich im Winter $18\frac{27}{28}$ damit beschäftigte, zum Behuf einer neuen Auflage, mein Pfandrecht durchzusehen, schien mir besonders die Lehre vom pignus universitatis eine sorgfältige Erörterung zu verdienen. Denn, wenn man diese nicht ganz ergründet hat, wird man über die wichtigsten Lehren des Pfandrechts in Zweifel bleiben. Um dahin zu gelangen, that es Noth, die ganze, so dunkle und schwierige, Lehre von der universitas rerum überhaupt zu erforschen, ohne welche wiederum das *pignus* universitatis dunkel und ungewiß bleiben muß. Ich machte mich also daran, ward aber im Frühjahr 1828, da ich beinahe damit fertig war, in der Arbeit gestört, und das Werk blieb unvollendet liegen. Wenn man einmal eine Arbeit bei Seite gelegt hat, so entschließt man sich ungern, wieder daran zu gehen; wenigstens ging es mir

so. Ich habe daher erst jetzt dazu kommen können, die fehlenden letzten §§. hinzuzufügen. —

Uebrigens gebe ich die aufgestellten Sätze nicht gerade für ausgemachte Wahrheiten aus, sondern für meine Ansichten, und überlasse den Rechtsgelehrten, davon Gebrauch zu machen oder sie zu verwerfen.

Gr. 1830. Jul. 1.

§. 1.

## Ueber universitas rerum im Allgemeinen.

Unter universitas rerum wird verstanden eine Mehrheit von Sachen, die als ein Ganzes betrachtet, unter einem gemeinschaftlichen Namen begriffen wird.

Unsere Rechtsgelehrten unterscheiden bekanntlich zwei Arten derselben, nämlich die universitas juris und die universitas facti. Unter der erstern verstehen sie das ganze Vermögen eines Menschen mit allen Rechten und Verbindlichkeiten. Eine solche universitas, sagen sie, begreift Sachen aller Art, auch unkörperliche, unter sich, welchen die Gesetze, als ein Ganzes betrachtet, gewisse besondere Rechte beigelegt haben; es findet dabei die Regel statt: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Hingegen die universitas facti besteht bloß aus mehreren einzelnen körperlichen Sachen, welche, obwohl von einander getrennt, dennoch, unter gemeinschaftlicher Benennung, in rechtlicher Beziehung Ein Object ausmachen.

An dieser Unterscheidung habe ich vorläufig nur das auszusetzen, wie das Vermögen eines Menschen, auf der einen, und körperliche Sachen, auf der andern Seite, keinen reinen Gegensatz bilden. Wenn ich sage: körperliche Sachen, so denke ich an die Beschaffenheit der

Sachen; wenn ich sage: **Vermögen**, so beziehe ich die Sachen auf ein berechtigtes Subject, und denke gar nicht daran, wie sie beschaffen sind. Es müßte also heißen: universitas juris sey ein Inbegriff von Sachen aller Art, körperlichen und unkörperlichen — und von dieser Art sey oder **könne** eigentlich nur seyn das Vermögen eines Menschen — die universitas facti hingegen sey ein Inbegriff bloß von körperlichen Sachen. Wirklich stellt auch z. B. **Hofacker** beide auf solche Art einander entgegen [1]). Indessen glaube ich, daß der Begriff, den z. B. **Höpfner** von der universitas juris giebt, demjenigen entspricht, was im römischen Recht und namentlich in der L. 20. §. 10. D. de hered. petitione unter *universitas* verstanden wird.

Sieht man an den Begriff der universitas überhaupt, so würde zuvörderst schon **das ganze Vermögen eines Menschen** eine universitas rerum ausmachen und namentlich zur universitas juris zu rechnen seyn. **Höpfner** bemerkt indessen, es gäbe nur zwei Arten der universitas juris, nämlich **die Erbschaft** und das **Peculium** [2]). Gründe für diese Behauptung führt er nicht an. Andere rechnen auch das ganze Vermögen eines Menschen zur universitas juris, als **Hofacker** [3]). Diese Meinung scheint auch gegründet zu seyn. Zwar wird man im römischen Recht vergebens eine Stelle suchen, worin das ganze Vermögen eines Menschen als universitas rerum und juris bezeichnet würde [4]); aber, was ist das peculium anders, als **das**

---

[1]) *Hofacker* princ. jur. civ. tom. 2 p. 739.

[2]) **Höpfner** Com. über die Institutionen §. 278.

[3]) a. a. O.

[4]) Man möchte zwar L. 208. D. de Verb. Sign. hieher ziehen, wo es heißt: Bonorum appellatio,

Vermögen eines Menschen, eines Haussohns oder Unfreien, wie klein es übrigens auch seyn mag, und was die Erbschaft anders, als das Vermögen, was einem Verstorbenen gehört hat und jetzt dem Erben angefallen ist? Auch lehrt Ulpian, indem er vom senatusconsulto Juventiano spricht: non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, *vel alia universitate*, woraus deutlich erhellet, daß es, ausser der Erbschaft und dem peculio, noch andere ähnliche universitates giebt.

Wohin soll man aber den Brautschatz einer Ehefrau rechnen? Höpfner [5]) führt ihn unter den Beispielen der

sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis et non singulas res demonstrat. — Einige wollen singulares und per geminationem *singulares res* lesen. *Eckhardt* hermeneutica juris p. 38. — Allein, die Stelle hat nicht den Sinn, daß überhaupt unter *bonis* eine *universitas rerum* zu verstehen sey, sondern der Ausdruck wird hier in einer eingeschränkten Bedeutung, nämlich in Beziehung auf die *bonorum possessio* gebraucht. *L.* 3. *pr. D. de bon. poss. Bona* autem hic (ut plerumque solemus dicere) ita accipienda sunt, universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus: in hoc loco proprie bona appellabuntur. *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Hereditatis autem bonorumve possessio (ut Labeo (re) scribit) non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis, quam corporis, possessio: denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam, Labeo ait. — *L.* 3. §. 2. *D. eod. Bonorum* igitur possessionem ita recte definiemus: jus persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quae cujusque, cum moritur, fuit. —

[5]) a. a. O.

universitas facti auf. Allein, als universitas facti kann der Brautschatz nimmermehr angesehen werden. Dies donum puellarum nubentium, wie es ein alter Ausleger des Homer nennt, kann eine (einzelne) Sache seyn, und bei armen Leuten ist sie öfters auch nur eine und nur eine bewegliche. Der Brautschatz besteht also nicht einmal nothwendig in einer Mehrheit von Sachen, und noch weniger ist diese Mehrheit eine universitas facti. Zwar könnte auch wohl eine solche den Brautschatz ausmachen, es könnte z. B. eine Heerde zum Brautschatz gegeben werden, gleich wie eine universitas juris, z. B. eine Erbschaft [6]) das Object desselben ausmachen kann; aber hier ist nicht die Rede davon, welche Sachen zum Brautschatz gegeben werden können, sondern zu welcher Classe von Sachen er im Allgemeinen zu rechnen sey, ob zur universitas juris oder facti. Muß er zu einer von beiden gerechnet werden, so könnte es nur zu der erstern seyn. Denn, wenn vom Brautschatz die Rede ist, wird von der Beschaffenheit der Sachen, die ihn ausmachen, gänzlich hinweggesehen; es werden hier nicht mehrere Sachen derselben Art zusammengefaßt und als Eine betrachtet, sondern die Sachen, die zum Brautschatz gegeben werden, können sehr verschieden, können von aller Art seyn. Es können körperliche und unkörperliche darunter enthalten seyn, gerade wie bei der Erbschaft und beim Peculio der Fall ist. Er besteht zwar nicht nothwendig aus der Verbindung beider, aber auch bei der Erbschaft und beim Peculio ist es nicht nothwendig, daß beide mit einander verbunden sind. Es kann endlich das ganze Vermögen der Frau zum Brautschatz gegeben werden [7]), der

---

[6]) L. 13. §. 10. D. de hered. petit. [7]) L. 4. C. de jure dotium.

auf allen Fall gewöhnlich einen Theil desselben ausmacht [8]). Durch alles dieses kommt der Brautschatz mit der universitas juris überein und ist er von der universitas facti verschieden [9]).

Ich würde so unterscheiden:

1) Sachen, die in Hinsicht auf das berechtigte Subject zusammengerechnet werden,
2) Sachen, körperliche, die wegen ihrer Beschaffenheit zusammengehören.

Jene bilden die universitas juris, und zu dieser Classe muß auch der Brautschatz gerechnet werden. Insonderheit macht das Vermögen eines Menschen, namentlich die Erbschaft und das Peculium, eine universitas juris aus und wird im römischen Recht simpliciter unter *universitas* verstanden. Die Sachen der zweiten Art bilden die universitas facti oder besser *corporum*.

Was die Lehrbücher über universitas rerum vortragen, beschränkt sich auf einige allgemeine Bemerkungen, die an sich dürftig, zum Theil nicht einmal richtig sind, namentlich,

---

[8]) *L. 3. §. 5. D. de minoribus:* Ergo etiam filiamfamilias in dote captam, dum patri consentit, non statim dotem stipulanti, quam dedit, vel adhibenti aliquem, qui dotem stipularetur, puto restituendam, quoniam dos ipsius filiae *proprium patrimonium est.*

[9]) Die L. 1. §. 4. D. de dote praeleg. kommt bei dieser Frage nicht in Betrachtung, denn sie unterscheidet bloß, ob der Brautschatz im Ganzen — per universitatem — oder ob die einzelnen dazu gehörigen Stücke in Betrachtung gezogen werden. Ueberhaupt wird der Ausdruck *universitas* im römischen Recht gebraucht im Gegensatz der einzelnen Sachen oder Theile, woraus ein Ganzes besteht, wie in einer Menge von Beispielen *Brisson.* de Verb. Sign. s. h. v. zeigt.

daß die zur universitas gehörigen Sachen zu Einem Leibe vereinigt sind (unum corpus constituunt), daß sie Zuwachs und Verminderung erleiden (augmentum et deminutionem recipiunt), daß bei der universitas juris der Grundsatz Anwendung findet: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, bei der universitas facti dieser Grundsatz keine Anwendung findet u. s. w. Der erste Satz ist, wie wir sogleich sehen werden, von der universitas rerum nicht allgemein gültig, der zweite kein Rechtssatz, sondern eine natürliche Folge eines andern Grundsatzes, der dritte leidet auch in Hinsicht auf die universitas juris noch mancherlei Einschränkungen, die hier ausser meiner Bahn liegen.

## §. 2.

## Verschiedenheit zwischen beiden Arten der universitas rerum.

Zwischen den beiden Arten der universitas rerum ist eine große Kluft befestigt. Beide kommen bloß darin überein, daß eine Mehrheit von Sachen als zu Einem Ganzen vereinigt, unter einem gemeinschaftlichen Namen begriffen wird; auch wird vom Peculio und von der Erbschaft ausgesagt, daß sie dem Wechsel unterworfen sind, bald sich vergrößern, bald verringern. Sie sind aber ausserdem, besonders auch in Ansehung der rechtlichen Grundsätze, die von beiden gelten, sehr verschieden. 1. Bei der universitas juris wird eine Mehrheit von Sachen als ein Ganzes, aber nicht als Eine Sache, betrachtet. Nirgends wird vom Peculio, nirgends von der Erbschaft gesagt, daß die einzelnen dazu gehörigen Sachen als „*unum corpus*“ zu betrachten sind. Sie werden nicht so angesehen; sie können

nicht so angesehen werden. Ganz anders verhält es sich mit der universitas facti. Hier werden die mehreren Sachen, woraus die universitas besteht, in rechtlicher Hinsicht als Eine körperliche Sache betrachtet [1]). 2. Bei der universitas juris kommt es auf die Beschaffenheit der Sachen nicht an; Sachen aller Art, wie verschieden sie auch seyn mögen, werden hier zusammengestellt; sie kommen bloß darin überein, daß sie demselben Subject angehören. Die Sachen, die zu einer Erbschaft gehören, können sehr verschieden seyn; sie kommen aber darin überein, daß sie alle Einem Verstorbenen angehörten und jetzt dem Erben angefallen sind, und die Sachen, die zu einem Peculio gehören, treffen darin zusammen, daß sie, getrennt von dem Vermögen des Hausvaters oder Hausherrn, dem Haussohn oder Unfreien angehören. Hingegen bei der universitas facti wird auf die Beschaffenheit der Sachen gesehen; Sachen, denen gewisse Merkmale gemeinschaftlich zukommen, werden unter einem Collectiv-Namen, als Eine Sache bezeichnet. 3. Die zu einer universitas corporum gehörigen Sachen werden unter Einem Collectiv-Namen zusammengefaßt. Wie hier unum *corpus* ist, so ist hier auch unum *nomen*. Und gerade auf das unum nomen scheint hier Alles anzukommen, indem dadurch angedeutet wird, daß die mehreren Sachen als Einheit betrachtet werden. Wie bei der Speci-

---

[1]) Der Einzige, der dies auch gesehen hat, ist Branchû. Observat. p. 56. 57. Denn er bemerkt: die Heerde sey unum corpus, hingegen das peculium sey nicht unum corpus. Bei der Heerde brauche man weiter nichts zu sagen, als die Heerde, man habe nicht nöthig hinzuzusetzen, wessen; man könne mit dem Finger auf sie hinweisen; hingegen beim peculio müsse man hinzusetzen, mein Peculium, oder das Peculium des Mevius, Titius u. s. w.

fication der Wechsel des Namens erforderlich ist, damit eine neue Species zu Stande komme, so ist hier ein eigener Name erforderlich, um eine universitas facti hervorzubringen. Hingegen bei der universitas juris fehlt es an Einem Collectiv-Namen; es werden nur die mehreren Sachen durch den Ausdruck zusammengestellt. Peculium z. B. ist kein Name, der einer gewissen Classe von Sachen zukömmt, und wodurch sie von anderen Sachen unterschieden wird; es ist gar kein Name, sondern es wird dadurch nur ausgesagt, daß diese Sachen insgesammt zu gewissen Personen in demselben Verhältniß stehen.

## §. 3.
## Insbesondere von der universitas facti, oder vielmehr corporum.

Das Wesen der universitas facti besteht also darin, daß eine Mehrheit von Sachen, unter einem Collectiv-Namen, als Eine Sache gedacht und bezeichnet wird. Sie ist eine universitas rerum und ist es auch nicht. In der Natur sind hier mehrere einzelne Sachen, mehrere res singulares, aber in rechtlicher Hinsicht bilden sie vereinigt nur Eine, eine res singularis.

Um aber das System des römischen Rechts über die universitas facti, oder besser corporum, gründlich kennen zu lernen, müssen wir zuerst eine altgriechische, von den römischen Rechtsgelehrten angenommene, dreigliedrige Eintheilung der Leiber in Erinnerung bringen; denn diese divisio corporum trimembris ist der Schlußstein in dem Gebäude. Die römischen Rechtsgelehrten lassen nämlich, nach dem Beispiel der griechischen Weisen, die körperlichen Sachen in drei

Classen zerfallen. Die erste besteht aus Körpern, deren Bestandtheile von Natur zusammenhängen, wo das Ganze gleichsam von Einem Geist beseelt und zusammengehalten wird — uno spiritu continetur — z. B. ein Mensch, ein Stein; die zweite Classe besteht aus solchen, deren Bestandtheile durch Kunst zusammengefügt sind, z. B. ein Gebäude, ein Schiff; die dritte besteht aus Körpern, die weder durch Natur, noch Kunst vereinigt, vielmehr von einander getrennt, unter einem Collectiv-Namen Einen Körper ausmachen.

*L.* 30. *D. de usurpat. et usucap.*

Rerum mixtura facta an usucapionem cujusque praecedentem interrumpit, quaeritur. Tria autem genera sunt corporum: Unum, quod continetur *uno spiritu*, et Graece *ἡνωμένον*, id est, *unitum* vocatur; ut homo, tignum, lapis et similia: Alterum, quod *ex contingentibus*, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat, quod *συνημμένον*, id est, *connexum* vocatur; ut aedificium, navis, armarium: Tertium, quod *ex distantibus* constat; ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex [1]).

[1]) Das non soluta — wenn diese Lesart richtig ist — kann wohl bloß als reiner Gegensatz des Folgenden: *sed uni nomini subjecta* genommen werden. Merkwürdig ist, daß bei der dritten Art von Leibern — nicht Sachen — bloß lebende Leiber als Beispiele aufgeführt sind; indessen das Dogma selbst ist doch nicht auf lebende eingeschränkt, wie doch hätte geschehen müssen, wenn dies die Meinung des Rechtsgelehrten gewesen wäre. Nur die Beispiele sind es. Die Eintheilung der Leiber in die angegebenen drei Classen ist, ihrem Ursprunge nach, nicht römisch; man hört es sogleich, daß sie aus

Die dritte Classe von Leibern ist es, was wir universitas facti nennen. Bei ihr sind die mehreren Sachen nicht in der Natur, sondern durch den Gedanken zu Einer Sache vereinigt. Daß die mehreren Sachen, woraus sie besteht, als unum corpus anzusehen sind, beweis't diese Stelle deutlich, beweisen auch andere Umstände, die noch folgen sollen. Die einzelnen Sachen verschwinden hier in dem Ganzen. Der Natur der Sache nach, ist hier nichts als eine Mehrheit einzelner Sachen, so viel, als nun gerade in der universitas enthalten sind. Aber im Rechtssinn wird diese Mehrheit als Eine Sache angesehen. Die einzelnen Sachen bilden vereinigt Ein Ganzes: die einzelnen Sachen, woraus die universitas besteht, sind als Glieder oder Theile des Ganzen zu betrachten [2]). (Der Umstand, daß die einzelnen Sachen als Theile betrachtet werden, bestätigt abermals, daß alle zusammen nur Eine Sache ausmachen.) Das Ganze kann neue Theile ansetzen, die alten können sich ablösen, durch neue ersetzt werden; ja es können im Verlauf der Zeit alle die einzelnen Sachen, woraus die universitas ursprünglich bestand, allmälig sich verlieren und durch andere ersetzt werden, und es bleibt doch dieselbe universitas, gleichwie ein Mensch wächst oder abnimmt, ohne deshalb ein anderer zu werden [3]).

---

Griechenland herstammt. Die Stoa war es, welche die Leiber auf diese Weise eintheilte. S. *Seneca* ep. CII. Auch anderen philosophischen Secten war diese divisio corporum trimembris nicht unbekannt. *Meister* de Philosophia Jureconsultorum Romanorum stoica §. 5. (In ejus selectis opusculis p. 576 sq.)

[2]) L. 23. §. 5. D. de rei vind.

[3]) L. 13. pr. D. de pign. L. 34. pr. D. de pign. L. 22. D. de leg. 1. Es wird nicht am unrechten Ort seyn, wenn hier auch folgende Stelle des Alfenus uns

## §. 4.

### Fortsetzung.

Wir haben also gesehen, eine Mehrheit von Sachen, welche als Eine Sache betrachtet wird, ist darin einer gewöhnlichen einzelnen Sache und überhaupt einem einzelnen Wesen gleich, daß sie fortdauert, wenn auch einzelne Stücke abgehen oder andere hinzukommen. Es ist nur die Frage, wie man sich die Fortdauer der Sache zu denken habe. Soll man sich dies so vorstellen, als wäre mit dem Object gar keine Veränderung vorgegangen? Oder so, es sey, der Verände-

---

mit der Philosophie der Alten bekannt macht. *L. 76. D. de judiciis.* Proponebatur: ex his judicibus qui in eandem rem dati essent nonnullos causa audita excusatos esse, inque eorum locum alios esse sumptos: et querebatur singulorum judicum mutatio eandem rem, an aliud judicium fecisset. Respondi, non modo si unus, aut alter, sed et si omnes judices mutati essent, tamen et rem eandem, et judicium idem, quod antea fuisset, permanere. Neque in hoc solum evenire: ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis caeteris rebus. Nam et *legionem* eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subjecti essent: et *populum* eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret: Itemque *navem* si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret, quae non nova fuisset, nihilominus eandem navem esse existimari. Quod si quis putaret, partibus commutatis, aliam rem fieri, fore ut ex ejus ratione nos ipsi non iidem essemus, qui ab hinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae quotidie ex nostro corpore decederent: aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter, cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari. S. auch L. 10. §. 1 et 7. D. de usufructu.

rung ungeachtet, doch dieselbe Sache geblieben? Soll man annehmen, daß die getrennten Theile Eigenschaften verlieren, die sie nur hatten, so lange sie in der Verbindung mit den übrigen waren, oder behalten sie selbige bei? Ueber diese Fragen verlassen uns die Gesetze und wir müssen uns selbst helfen.

Die Sache bleibt und wird keine andere, wenn gleich einzelne Theile sich verändern. Daraus folgt nicht, daß die getrennten Theile die Eigenschaften verlieren, welche die ganze Sache und folglich auch jeder Theil vor der Trennung an sich hatte. Die Absonderung einer Sache von den übrigen ist keine Handlung, welche die Natur derjenigen Sache verändern könnte, welche abgesondert wird; die Eigenschaften, die sie an sich hat und von denen sie gleichsam durchdrungen wird, nimmt sie bei der Trennung mit sich. Ja, man könnte mit eben dem Recht behaupten, das Recht, was Jemanden an der ganzen universitas zusteht, müsse durch die Trennung einzelner Theile aufhören; denn, wenn der eine getrennte Theil durch die Trennung die Eigenschaften verlöre, die er während der Verbindung hatte, so müßte der andere zurückgebliebene die seinigen gleichfalls verlieren. Durch die Trennung wird ja der eine Theil so gut, wie der andere, von dem anderen abgesondert. Das scheint auch gar die Meinung des römischen Rechts nicht gewesen zu seyn, getrennte Theile von den Rechten, die Jemanden an der ganzen universitas bisher zustanden, nach der Trennung auszunehmen. Sie stellen z. B. den Grundsatz auf: Si grex legatus fuerit et postea ad unam ovem pervenerit: quod supersuerit, vindicari poterit [1]). Was ist der übrig geblie-

[1]) L. 22. D. de leg. I.

bliebene Theil anders, als ein Theil, der sich von der universitas oder, wenn man lieber will, von dem sich die universitas abgesondert hat, und doch dauern an diesem übrig gebliebenen Theil, der jetzt nicht mehr zur universitas gerechnet werden kann, die Rechte fort, die Jemand an der ganzen universitas hatte. Es kann dies auch nicht anders seyn. Denn jede Trennung, wie jede Hinzufügung, kann nur Folge der Handlung eines Menschen seyn, und dann entsteht sofort die Frage, ob es ihm erlaubt war, die Handlung vorzunehmen, und wenn es ihm im Allgemeinen erlaubt war, so wird es ihm doch nicht frei stehen, die Rechte Anderer durch seine Handlungen aufzuheben. Es kann daher sowohl Verminderung, wie Vermehrung, immer nur geschehen unbeschadet der Rechte eines Dritten.

Wieder eine andere Frage ist, ob, wenn auf der einen Seite etwas hinzugekommen, auf der andern etwas davon genommen ist, ob dann eine Compensation möglich sey? Diese Frage wird nach allgemeinen Grundsätzen nur dahin beantwortet werden können: Was von demjenigen, der dazu berechtigt war, der universitas hinzugefügt wird, vergrößert sie und zugleich das Object des Recht desjenigen, dem er daran gewisse Rechte eingeräumt hatte; es wird von diesem Recht mit ergriffen; während dasjenige, was ohne Einwilligung des Berechtigten davon getrennt wird, für ihn unschädlich davon genommen, nämlich nicht davon ausgenommen wird. Er wird die Lage des Berechtigten zwar verbessern, nicht aber verschlechtern, also das Object des Rechts vergrößern, nicht aber verkleinern können. Er wird auch nicht sagen können, ohne daß der Berechtigte seine Zustimmung giebt, ich will die eine Sache an die Stelle der andern setzen; vielmehr würde hier die Regel zur Anwendung kommen: Creditori invito aliud pro alio obtrudi nequit.

Ueberhaupt darf es mit der Idee der universitas nicht so weit sich erstrecken, daß, wenn gleich dadurch gewisse besondere Rechtsverhältnisse hervorgebracht werden, dem Einen ein ungebührlicher Vortheil zuwege gebracht, des Anderen erworbene Rechte verletzt werden dürften.

## §. 5.

## Fortsetzung.

Die Rechtsgelehrten pflegen wohl gar zu lehren, es werde die universitas auch durch eine übrig gebliebene Sache dargestellt und erhalten [1]). Soll dies so viel heißen, die universitas, als solche, dauere fort, so lange nur noch Eine einzelne zu ihr gehörige Sache übrig ist, so ist diese Ansicht weder der Natur der Sache, noch den Gesetzen angemessen. Die Heerde z. B. hat aufgehört, wenn nur noch Ein Stier davon übrig ist [2]). Aber, wenn auch die universitas aufgehört hat, so sind doch die einzelnen, noch vorhandenen Sachen, die mit andern, nicht mehr vorhandenen, zusammen die universitas bildeten, als übrig gebliebene Theile eines zerstörten Ganzenanzusehenunddie Rechte, die uns an dem Ganzen zustanden, haben wir noch an diesen übrig gebliebenen Theilen. So wird Niemand sagen, das Haus sey noch vorhanden, wenn es bis auf Eine Mauer abgebrannt ist; aber diese stehen gebliebene Mauer ist, was von dem Hause übrig ist und worauf sich jetzt das Eigenthum des Eigenthümers, nach der Regel: Meum est, quod ex re mea superest, erstreckt und beschränkt.

---

[1]) z. B. *Hofacker* princ. jur. civ. tom. 2. §. 739. *Günther* princ. jur. rom. §. 173.

[2]) L. 22. D. de leg. 1.

## §. 6.

## Fortsetzung.

## Gleichartigkeit der einzelnen Sachen, welche die universitas bilden.

Wie ich das römische Recht kenne, scheint es mir ganz im Geiste desselben zu liegen, daß die zu einer universitas vereinigten Sachen gleichartig seyn müssen; denn, wenn sie von verschiedener Art sind, können sie nicht als solche betrachtet werden, die *unum corpus* ausmachen. Auch kömmt in jener oben angeführten Stelle, wo der römische Rechtsgelehrte von der dreifachen Art der Leiber spricht [1]), unter den Beispielen der hierher gehörigen dritten Classe kein einziges vor, wobei die vereinigten Leiber ungleicher Art wären. Die Beispiele sind alle von gleichartigen hergenommen. Es werden nämlich *populus*, *legio*, *grex* aufgeführt.

Nach diesen Grundsätzen werden wahre universitates facti nicht sehr häufig vorkommen; sie werden wenigstens so unzählig nicht seyn, wie Höpfner vermeint; nicht der Reichthum hierher gehöriger Fälle, sondern eher die Armuth daran wird uns in Verlegenheit setzen. Von allen Beispielen, die jener, sonst so achtungswerthe Schriftsteller anführt [2]), sind nur zwei entschieden echte universitates facti, nämlich die Heerde und die Bibliothek; ob auch das Waarenlager, ist nicht über allen Zweifel erhaben; hingegen die Brautgabe einer Ehefrau, das Inventarium oder Schiff und Geschirr eines Landguts oder gar das Handwerkszeug eines Handwerks-

[1]) L. 30. D. de usurpat. et usucap.

[2]) Höpfner Com. über die Heineccischen Institutionen §. 278.

mannes können schwerlich zu den universitatibus rerum gerechnet werden. Von der Brautgabe einer Ehefrau habe ich schon früher bemerkt, daß dabei auf die Beschaffenheit der einzelnen Sachen nicht gesehen wird, welche unter dem allgemeinen Ausdruck zusammengefaßt werden, daß Sachen der verschiedensten Art darunter begriffen seyn können, daß sie weiter nichts mit einander gemein haben, als daß sie alle der Frau u. s. w. gehören und dem Mann zur Tragung der ehelichen Lasten gegeben sind. Bei Sachen dieser Art ist an keine Einheit und an keine universitas corporum zu denken. Auch die Geräthschaften, die der Landmann zur Bestellung des Feldes nöthig hat und überhaupt alle Sachen, die zur Landwirthschaft erforderlich sind, das instrumentum bei einem Landgut, ist keine universitas corporum, da Sachen sehr verschiedener Art, als Pflüge, Eggen, Wagen, Leitern, Sensen u. s. w., unter der allgemeinen Benennung begriffen sind.

Daß die Geräthschaften zum Landbau oder das instrumentum fundi keine universitas rerum, oder vielmehr corporum, sey, geht deutlich daraus hervor, daß Alles, was zur Ausrüstung eines Schiffs gehört, das *armamentum navis*, oder wie wir zu sagen pflegen, das Schiffsinventarium — keine ist. Dies erhellet daraus, daß es nicht in complexu, unter einem Collectivnamen, vindicirt werden kann, sondern es müssen die einzelnen Stücke, die zur Ausrüstung des Schiffs gehören, vindicirt werden. Ganz anders verhält es sich mit der Heerde, die als eine solche mit der Vindication, womit res singulares verfolgt werden [3]), in Ansprache genommen werden kann [4]). Nachdem dieser

[3]) L. 1. pr. D. de rei vind.

[4]) L. 1. §. 3. D. eod. L. 2. L. 3. pr. D. eod.

Rechtssatz abgehandelt ist, schließt sich unmittelbar der folgende an:

Armamenta navis singula erunt vindicanda:
Scapha quoque separatim vindicabitur.

Es ist dies aber nicht so zu verstehen, als müßte man in Ansehung eines jeden einzelnen Stücks eine besondere Klage anstellen; man kann alle zusammen mit derselben Klage verfolgen, muß aber jedes einzelne besonders namhaft machen [5]).

Was nun von dem Geräthe zum Landbau und von der Ausrüstung eines Schiffs gilt, dasselbe gilt ohne Zweifel auch vom Hausgeräthe, welches ebenfalls aus Sachen sehr verschiedener Art besteht [6]).

Man mögte einwenden, die Taberna sey eine universitas rerum oder vielmehr corporum, gleichwohl bestehe sie aus Waaren sehr verschiedener Art. Man kann nicht einmal sagen, daß diesen verschiedenen Waaren gewisse Merkmale gemeinschaftlich zukommen, denn daß sie bestimmt sind, verkauft zu werden, kann nicht als eine Eigenschaft angesehen werden, die den Waaren anklebt, auch würde man etwas Aehnliches von dem Geräthe zum Landbau und vom Hausgeräthe u. s. w sagen können, nämlich, daß Alles, was dazu gehört, zum Landbau, zur Hauswirthschaft u. s. w. bestimmt sey. Wie soll nun das römische Recht von dem Vorwurf widersprechender Bestimmungen gerettet werden? Dies kann nach meinen Ermessen nur auf folgende Art geschehen: Entweder ist es gar die Meinung des römischen Rechts nie gewesen, die Taberna den universitatibus rerum oder vielmehr cor-

[5]) *Donellus* Com. jur. civ. lib. 20. cap. 4. §. 11.

[6]) *Donell.* c. l.

porum beizuzählen, zumal dieser Ausdruck zunächst nur das Behältniß, nicht aber den Inhalt bezeichnet, oder, wenn dies ist, so ist unter der Taberna nur ein Inbegriff mehrerer Waaren derselben Art hier gemeint. Vielleicht handelte bei den Römern Jeder, der eine taberna hielt, nur mit einer Art von Waaren; auch findet sich bei diesem Wort hin und wieder ein beschränkender Zusatz, z. B. taberna *argentaria* [7]), *casearia* [8]), *ferraria* [9]) u. s. w.

Gehört nun zu einer universitas rerum, oder vielmehr corporum, Gleichartigkeit der einzelnen Sachen, durch welche sie hervorgebracht wird, so müssen freilich die meisten der Beispiele, die Höpfner anführt und in den Schriften der Rechtsgelehrten vorkommen, gestrichen werden. Hingegen mögten wohl andere, die man nicht dafür ansieht, dahin zu rechnen seyn, selbst unbewegliche, z. B. ein Wald.

## §. 7.

## Fortsetzung.

## Ob die universitas ein bloßer Begriff oder etwas Unkörperliches sey?

Die Rechtsgelehrten bemerken von der universitas, sie sey ein bloßer Begriff [1]); und rechnen sie zu den unkörperlichen Sachen [2]). Wäre sie unkörperlich, so würde daraus folgen, daß dies unkörperliche Ganze keine Theile haben könnte an körperlichen Sachen. Vielmehr würden ihre Theile,

---

7) L. 32. D. de contrah. emt.

8) L. 8. §. 5. D. si servitus vind.

9) L. 13. D. de instructo vel instrum. leg.

1) z. B. Westphal über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 45.

2) z. B. *Günther* princ. jur. rom. §. 171.

wie sie selbst, unkörperlich seyn müssen. Wirklich sind auch, nach Galvani, die einzelnen Stücke, die unter der universitas enthalten sind, keine Theile derselben. So ist z. B. ein Haus, was zur Erbschaft gehört, zwar unter der Erbschaft enthalten; es macht aber keinen Theil derselben aus. Res singularis non est pars rei universalis [3]).

Was hier dem Reich der Gedanken angehört, ist etwa die Vorstellung der Einheit, die in der Natur nicht vorhanden, wozu aber doch die Veranlassung gegeben ist. Wir denken uns hier mehrere einzelne Sachen als zu Einem Ganzen vereinigt und fassen sie in der Vorstellung, wie in dem Ausdruck, zusammen. Indessen hat doch diese Vorstellung an körperlichen Sachen ihren Rückhalt und wenn Jemand z. B. von seiner Heerde spricht, so denkt er dabei an die einzelnen bestimmten Häupter, welche die Heerde ausmachen. Die einzelnen wirklich vorhandenen Sachen, welche die universitas ausmachen, sind es, welche hier und zwar bald einzeln, bald in complexu in Betrachtung kommen; sie — und zwar nicht bloß die bereits vorhandenen, sondern auch die künftig hinzukommenden [4]) — machen das Object desjenigen Rechts aus, wovon gerade die Rede ist. Nimmt man die einzelnen Sachen hinweg — und zwar alle auf einmal oder nach und nach, ohne sie im letzteren Fall durch andere zu ersetzen, — so verschwindet in demselben Augenblick die ganze universitas, woraus deutlich erhellet, daß man sich darunter kein von den einzelnen Sachen, woraus die universitas zusammengesetzt ist, verschiedenes Wesen

---

[3]) *Galvan.* de usufructu cap. 13. §. 7.

[4]) — ea natura ejus est, sc. gregis, ut adjectionibus corporum maneat — — — L. 30. §. 2. D. de usurpat. et usucap.

denken darf. Nur die Vorstellung, welche diese einzelnen Sachen zu Einem Ganzen verbindet, hat, wie gesagt, keine Realität.

Nach den römischen Gesetzen, ist in der Sphäre des Rechts die universitas corporum als unum — *corpus* anzusehen; — wie könnte sie auch sonst vindicirt werden? — Dürfen wir also im Widerspruch mit den Ansichten des römischen Rechts, die wir ja gerade vortragen wollen, lehren, sie sey kein *corpus?* Und während eine unkörperliche Sache keine körperlichen Theile haben kann, reden jene Gesetze von den einzelnen Häuptern, woraus z. B. eine Heerde besteht, als von Theilen der Heerde [5]). Dürfen wir also sagen, sie habe keine Theile? —

Wenn gleich die vereinigten mehreren Sachen als unum corpus angesehen werden, so darf man dabei nie vergessen, daß die Natur nur Individuen hervorbringt und daß die Vorstellung der universitas, als Einer Sache, nie den Rechten der Einzelnen Eintrag thun darf. Wo es gilt, Besitz und Rechte geltend zu machen, da kommt es doch immer darauf an, daß man die einzelnen Sachen in Betrachtung zieht, welche die universitas hervorbringen, wenigstens insoweit, daß durch jene Vorstellung nicht dem Einzelnen widerrechtlich geschadet werden darf. Sonst könnte man z. B. sagen, mir gehört die Büchersammlung, folglich gehören mir alle einzelnen Bücher, die unter dieser Sammlung enthalten sind. Oder: ich habe die Heerde auf solche Art erworben und sie so lange besessen, daß sie durch Verjährung die meinige geworden ist; folglich gehört mir auch das einzelne Stück, was Titius als das seinige in Ansprache nimmt.

---

[5]) L. 23. §. 5. D. de rei vind.

Beides gilt nicht. Die Büchersammlung gehört mir mit Ausschluß der einzelnen Bücher, die Anderen gehören. Und eben so ist es mit der Heerde. Man besitzt auch nicht die Heerde, sondern nur die einzelnen Häupter und nur diese sind Gegenstand der Verjährung. Es kommt also darauf an, ob man jedes einzelne Haupt so lange, als zur Verjährung erforderlich ist, besessen hat [6]).

## §. 8.
## Von der Vindication einer universitas facti oder corporum.

Vindicirt werden können einzelne körperliche Sachen, Individuen, oder mit dem Ausdruck des römischen Rechts *species* [1]). Nun, die universitas corporum ist eine einzelne körperliche Sache, ist im Rechtssinn ein Individuum; daher kann sie auch, wie dieses, unter ihrem Collectiv-Namen mit der Vindication verfolgt werden. So kann Jemand z. B. eine Heerde vindiciren, und es ist nicht einmal nöthig, daß alle einzelne Häupter, woraus die Heerde zusammengesetzt ist, die seinigen sind; schon genug, wenn ihm nur die meisten gehören [2]). Wem aber nicht die ganze Heerde, auch

---

[6]) L. 30. §. 2. D. de usurpat. et usucap.

[1]) L. 6. D. de rei vind.

[2]) *L. 1. §. 3. D. de rei vind.* Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur: sed posse etiam gregem vindicari, Pomponius libro lectionum scribit: idem et de armento, et de equitio, caeterisque quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint. Grex enim, non singula corpora vindicabuntur. *L. 2. D. eod.* Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed ne partem dimidiam totius ejus vindicabit. Sed si majorem numerum alter habeat, ut detracto

nicht der größere Theil gehört, wem nur einzelne unter der Heerde befindliche Häupter gehören, der kann nicht die Heerde vindiciren, der muß sich begnügen, diese einzelnen Häupter zu vindiciren [3]).

Anders ist es bei der universitas juris. Hier kann man wohl einzelne, darunter enthaltene, körperliche Sachen, aber nicht die universitas im Ganzen vindiciren. Julianus lehrt: Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petit [4]). Der Grund besteht nicht darin, daß die universitas juris theils aus körperlichen, theils aus unkörperlichen Sachen besteht und unkörperliche nicht vindicirt werden kön-

alieno nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.

[3]) *L.* 23. §. 5. *D. de rei vind.* Item quaecunque aliis juncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt: ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumit: et quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia *ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit.* Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet: in factum actio necessaria est. — At in his corporibus quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem: ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare: quamvis aries tuus sit immixtus: sed et te arietem vindicare posse. — Quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniet. Nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse: quia tota statua uno spiritu continetur.

[4]) L. 56. D. de rei vind.

nen. Denn eine Erbschaft oder ein Peculium enthält nicht nothwendig unkörperliche Sachen; sie können nur darunter enthalten seyn. Gesetzt also, die Erbschaft oder das Peculium bestände bloß aus körperlichen Sachen; dennoch würde die Erbschaft oder das Peculium nicht vindicirt werden können. Der Kläger müßte sich immer begnügen, die einzelnen, namentlich zu bezeichnenden, Sachen zu vindiciren. Der Grund des Unterschiedes besteht einfach darin, daß eine Erbschaft oder ein Peculium keine universitas corporum oder, mit dem römischen Ausdruck nicht, gleich der Heerde, *unum corpus* ausmacht. Daher kann das Peculium nicht als Eine Sache vindicirt werden; vindicirt werden können nur die dazu gehörigen einzelnen Sachen.

Um eine Heerde vindiciren zu können, ist es nicht nöthig, daß dem Kläger gleich Anfangs alle einzelne Häupter gehören; auch die in der Folge durch Kauf hinzugekommenen werden unter der Heerde, ja, wenn auch bloß dergleichen noch übrig sind, werden sie als die Heerde vindicirt.

*L. 3. pr. D. de rei vind.*

Marcellus libro 4. Digestorum scribit: Qui gregem habebat capitum trecentorum, amissis centum redemit totidem aliena capita ab eo, qui dominium eorum habebat? vel aliena ab eo, qui bona fide ea possidebat, et haec utique gregis, inquit, vindicatione continebuntur. Sed et si ea sola supersint capita, quae redempta sunt, adhuc eum posse gregem vindicare.

Nicht bloß die Heerde kann derjenige vindiciren, dem sie (oder der größere Theil davon) gehört, sondern ohne Zweifel kann er auch einzelne, in der ihm gehörigen Heerde enthaltene, Häupter vindiciren. Nicht nur können sie auch

ausser der Verbindung mit der Heerde, als für sich bestehende Sachen, betrachtet werden, sondern wenn man sie in der Verbindung mit der Heerde betrachtet, so sind sie Theile des Ganzen und können als solche vindicirt werden. Daß die einzelnen Häupter vindicirt werden können, vorausgesetzt, daß Jemanden die ganze Heerde gehört oder doch diese einzelnen Häupter ihm gehören, ist sogar etwas, was sich von selbst versteht; nur daß man die Heerde vindiciren kann, ist etwas Besonderes [5]). Zwar, wenn man die römischen Ideen einmal kennt, ist auch dies nichts Besonderes.

Endlich können auch, wenn die universitas zu Grunde gegangen ist, einzelne noch vorhandene Sachen, als übrig gebliebener Theil eines zerstörten Ganzen, vindicirt werden, nach der Regel: meum est, quod ex re mea superest [6]).

Hat Jemand die Heerde in gerichtliche Ansprache genommen und sie ist ihm aberkannt, so kann er dieselbe Heerde nicht aufs Neue in Ansprache nehmen, wiewohl sie sich in der Zwischenzeit vermehrt oder vermindert hat; vielmehr würde ihm die exceptio rei judicatae im Wege stehen. Dieses versteht sich: es folgt aus der Identität des Objects; denn, ungeachtet der Veränderungen, die mit ihr etwa vorgegangen sind, ist es doch dieselbe Heerde geblieben. Aber merkwürdig ist, daß derjenige, dem die Heerde abgesprochen ist, nun auch nicht ein einzelnes Haupt aus dieser Heerde fordern kann, wenn es nämlich schon zu der Zeit in der Heerde vorhanden war, als das rechtskräftige Urtheil

---

[5]) So scheint auch der römische Rechtsgelehrte die Sache anzusehen. L. 1. §. 3. D. de rei vind.

[6]) §. 18. J. de leg. L. 22. D. de leg. 1. L. 49 §. 1. D. de rei vind. Meine Lehre vom Eigenthum §. 44. am Ende.

gefällt ward [7]). Der Grund davon kann wohl nur seyn, daß dies eine Haupt, als Theil, in dem aberkannten Ganzen — der Heerde — enthalten war und folglich mit aberkannt ist [8]).

Hieraus erhellet aufs Neue, wie unrichtig die Vorstellung sey, wenn man sich unter der universitas etwas, von den einzelnen Sachen Verschiedenes, denkt.

Bei allem dem scheint es mir doch, als wenn die Sätze des römischen Rechts hier nicht wohl zusammengefügt sind. Denn, da man die Heerde vindiciren kann, obgleich einem nicht alle Häupter gehören, so kann man auch sagen, dadurch, daß Jemanden die Heerde abgesprochen ist, hat der

---

[7]) *L.* 21. §. 1. *D. de exc. rei jud.* Si petiero gregem, et vel aucto, vel minuto numero gregis, iterum eundum gregem petam, obstabit mihi exceptio. Sed etsi speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, puto obstaturam exceptionem.

[8]) Daß dies der wahre Grund sey, erhellet aus der Vergleichung mit anderen Stellen. L. 3. D. de exc. rei jud. L. 7. eod. L. 30. eod. Besonders kann schon der Anfang der eben erwähnten L. 7. zum Beweise dienen. Hier heißt es: Si quis cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet: nam pars in toto est: eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc queratur, an in quantitate, vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso, vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. Proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo quem peti obstabit exceptio. Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur, nam nocebit exceptio. Item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream vel tigna, vel lapides petat. Item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem.

Richter ihm nicht gerade jedes einzelne Haupt in dieser Heerde abgesprochen. Die Entscheidung des Pomponius würde nur dann mit dem System des römischen Rechts zusammenstimmen, wenn demjenigen, der die Heerde als die seinige in Ansprache nimmt, nothwendig alle einzelne Häupter gehören müßten.

## §. 9.
## Anwendung auf Vermächtnisse.

Wenden wir jetzt die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts von der universitas corporum auf einzelne Fälle an und zuerst auf Vermächtnisse.

Wenn Jemand einem Anderen mehrere Sachen vermacht hat, so sind so viel Vermächtnisse vorhanden, als Sachen; aber, wenn eine universitas corporum vermacht ist, so ist, wegen Einheit des Objects, nur Ein Vermächtniß vorhanden. Eine Folge davon ist, daß es dem Vermächtnißnehmer nicht erlaubt ist, einzelne Sachen auszuwählen und andere zu verschmähen, sondern er muß alle annehmen oder alle verschmähen. Indessen scheinen diese Sätze sich nicht auf wahre universitates corporum zu beschränken, sondern auch auf solche Fälle anwendbar zu seyn, da der Verstorbene mehrere Sachen derselben Art durch den Ausdruck zusammengestellt hat; denn es sind unter den Beispielen, deren die hieher gehörigen Gesetzstellen gedenken, theils wahre universitates rerum, theils andere, die es offenbar nicht sind, aufgeführt. Wenn der Testator z. B. Jemanden sein Hausgeräth oder sein Geräth zum Landbau u. s. w. vermacht, so hat er zwar seine Sachen dieser Art in Einem Ausdruck zusammengefaßt, aber Haus- oder Wirthschaftsgeräthe sind keine Collectivnamen, welche *unum corpus*, quod ex plu-

ribus et distantibus corporibus constat, unter sich begreifen. Eben so wenig Silber und Kleider. Es scheint also, daß nur dann mehrere Legate vorhanden sind, wenn ausdrücklich mehrere Sachen einzeln benannt sind; hingegen ist Ein Vermächtniß vorhanden, wenn mehrere Sachen unter Einem Ausdruck zusammengefaßt sind, mögen sie dann universitates rerum seyn oder nicht.

Unter dieser Voraussetzung sind jene Sätze von den universitatibus corporum doppelt wahr; theils weil sie unum corpus ausmachen, theils weil der Vermächtnißgeber sie durch den Ausdruck vereinigt hat.

1) *L. 2. D. de leg. 2. Paulus.*

Quotiens nominatim plures res in legato exprimuntur, plura legata sunt. Si autem supellex, aut argentum, aut peculium, aut instrumentum legatum sit, unum legatum est.

2) *L. 6. D. eod.*

Grege autem legato, non potest quaedam sperni, quaedam vindicari: quia non plura, sed unum legatum est. Idemque dicemus peculio legato, aut veste, aut argento, et similibus [1]).

---

[1]) Der Grundsatz, daß man Alles oder Nichts, was einem geboten wird, nehmen müsse, gilt nicht bloß von einzelnen Vermächtnissen, sondern gilt zuerst von der Erbschaft. Die ganze Erbschaft kann man nicht zum Theil annehmen, zum Theil ausschlagen. *L. 1. D. de acq. vel om. hered.* Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte, eam scindendo adire non potest. Dies würde schon gegen die bekannte Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, ein Verstoß seyn. Man kann aber auch, wenn Jemand zu mehreren Theilen zum Erben eingesetzt ist, nicht einen Theil annehmen, während man den anderen verschmäht.

Der Grundsatz, daß, wenn eine universitas corporum vermacht ist, nur Eine Sache vermacht und nur Ein Vermächtniß vorhanden ist, dieser Grundsatz scheint nur durch folgende Stelle nicht bestätigt zu werden:

*L. 79. pr. D. de leg. 3.*

Si *chorus* aut *familia* legetur, perinde est, quasi singuli legati essent.

Allein, sie steht nicht entgegen, diese Stelle, und der Schein, den sie erregt, soll vor den vereinigten Bemühungen der Ausleger alsbald verschwinden. Westphal[2]) meint, die Worte wollten nur soviel sagen, wenn von der ganzen Zahl der Sclaven auch nur noch einer vorhanden sey, gehöre dieser noch unter das Legat. Hingegen bezieht Altamirani sie auf die Vindication. Der Sinn der Stelle gehe nicht dahin, hier seyen mehrere Vermächtnisse, dies würde mit anderen Stellen im Widerspruch stehen, sondern, nicht nur die ganze *familia* oder der ganze *chorus*, sondern jeder einzelne Sclave könne vindicirt werden; denn

---

*L. 2. D. de acq. vel om. hered.* Sed et si quis ex pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere. Es würde dies gegen den Willen des Erblassers anlaufen, welcher wollte, daß Jemand z. B. nicht $\frac{1}{3}$, sondern $\frac{2}{3}$ erben sollte Noch weniger wird Jemand den einen ihm angewiesenen Theil zerstückeln können.

Ueberhaupt ist die Erbschaft ein Ganzes, was nur im Ganzen angenommen oder ausgeschlagen werden kann; und ebenso bildet auch jeder Theil wiederum ein Ganzes, was man im Ganzen erwerben oder verschmähen muß.

[2]) Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen, erster Theil §. 227.

denn in dem Theil seines Buchs, woraus die Stelle entlehnt ist, habe Celsus von der Vindication gehandelt [3]. Wenn von dem die Rede ist, was Celsus ursprünglich gemeint hat, so mag die Vermuthung des Altamirani — mehr ist es doch nicht — allerdings gegründet seyn; wiewohl daraus, daß Celsus bei Gelegenheit, da er von der Vindication handelte, seinen Satz aufstellte, noch nicht folgt, daß er ihn auf diese beschränkt habe. Hier steht sie nun doch unter dem Titel von Vermächtnissen und lautet allgemein. Ohne Zweifel hat die Stelle nicht den Sinn, daß, wenn eine universitas corporum vermacht ist, der Vermächtnisse mehrere sind, sondern, um sie mit anderen Stellen in Einklang zu bringen, kann der Sinn der Stelle wohl nur dieser seyn. Wenn eine universitas corporum vermacht ist, so ist jede der dazu gehörigen Sachen als unter dem Legat begriffen anzusehen, oder, in dem Vermächtniß des Ganzen sind alle dazu gehörigen einzelnen Sachen begriffen, so, als wäre jede einzelne besonders vermacht; d. h. wie hier aus sonstigen Grundsätzen hinzugedacht werden muß, jede, die beim Tode des Erblassers dazu gehört. Daraus folgt dann freilich, daß, ausser der Gesammtheit, auch jede der dazu gehörigen Sachen einzeln vindicirt werden könne; nur ist der Sinn der Stelle hierauf nicht gerade einzuschränken. Die Meinung derjenigen, welche diese Stelle hier aufnahmen, konnte es nicht seyn, daß sie so eingeschränkt gedeutet werden solle; vielmehr muß sie so allgemein verstanden werden, wie sie lautet; sonst hätte die Einschränkung hinzugesetzt werden müssen.

---

[3]) *Altamirani* ad libr. 3. quaest. Scaevolae (*Meermann* thesaurus tom. 2. p. 418.)

Die universitas corporum ist nach den obigen Grundsätzen als unum corpus anzusehen, als eine Sache, welche aus mehreren einzelnen Sachen, als ihren Theilen, besteht. Sie kann, wie wir gehört haben, größer, auch kleiner werden; der Testator kann mancherlei Veränderungen damit vornehmen, und sie bleibt doch immer dieselbe universitas, die in der Beschaffenheit und Größe, wie sie zur Zeit des Todes des Erblassers ist, auf den Vermächtnißnehmer übergeht. Ihm nimmt die universitas zu, ihm nimmt sie ab *). Alles, was zur vermachten universitas hinzukommt, alle accessio, vergrößert sie, wird Theil der universitas und von dem Recht des Vermächtnißnehmers mit ergriffen; alles, was inmittelst abgeht, sey es durch Untergang oder Handlungen des Erblassers, verringert sie, hört auf, Theil der universitas zu seyn, und das Recht des Vermächtnißnehmers verliert soviel in Hinsicht auf seinen Umfang. Geht die universitas selbst zu Grunde, so kann der Vermächtnißnehmer alles, was davon etwa übrig bleibt, als das Seinige in Anspruch nehmen.

1) *L.* 65. *pr.* *D.* *de leg.* 2.

Peculium legatum augeri et minui potest, si res peculii postea esse incipiant, aut desinant. Idem in familia erit, sive universam familiam suam, sive certam, veluti urbanam, aut rusticam legaverit, ac postea servorum officia, vel ministeria mutaverit. Eadem sunt, lecticariis aut pedissequis legatis.

---

*) *Vinn.* ad §. 18. I. de leg. nr. 2.

2) *L.* 21. *D. de leg.* 1.

Grege legato, et quae postea accedunt, ad legatarium pertinent.

3) *L.* 22. *D. eod.*

Si grege legato, aliqua pecora, vivo testatore, mortua essent, in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri, et si deminutum ex eo grege pecus esset, et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desisset esse: quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari.

4) §. 18. *I. de legatis.*

Si grex legatus fuerit, et postea ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere: Julianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est, ex cohaerentibus lapidibus.

Nehmen wir, weil das Vorhergehende dadurch erläutert und vollständiger wird, die beiden folgenden §§. hinzu:

§. 19. *I. de legatis.*

Aedibus denique legatis, columnas et marmora, quae post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.

§. 20. *eod.*

Si *peculium* legatum fuerit: sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore,

legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem aliquid servus adquisierit: Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit: omne quod ante aditam hereditatem adquisitum est, legatario cedere, quia hujusmodi legati dies ab adita hereditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniae, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, et ex eo reliqua inferre.

Der Rechtssatz, das Vermächtniß beschränkt sich nicht auf die vermachte universitas, wie sie zu der Zeit ist, da das Testament errichtet wird, sondern auch, was bis zum Tode des Erblassers hinzukömmt, wird dem Vermächtnißnehmer zu Theil, folgt daraus, daß die universitas als unum corpus anzusehen ist, und dies wird auch in der Stelle der Institutionen nicht undeutlich dadurch zu verstehen gegeben, daß dieser letztere Grundsatz unmittelbar auf den ersteren folgt. Auch die übrigen Rechtssätze folgen aus der Natur einer universitas corporum, die bei allem Wechsel beharrlich dieselbe bleibt. Am Ende lassen sie sich sämmtlich, und vielleicht noch besser, aus dem Willen des Erblassers ableiten. Denn, wenn der Testator Jemanden z. B. seine Bücher-

sammlung vermacht, so will er ohne Zweifel, daß auch die Bücher, die er in der Folge dieser Büchersammlung einverleibt, dem Vermächtnißnehmer zu Theil werden. Und wenn er gewisse Sachen aus der universitas nimmt und sie veräussert, so giebt er dadurch zu erkennen, daß sie dem Vermächtnißnehmer nicht mit zu Theil werden sollen. Ueberhaupt giebt er dadurch, daß er ihm eine Mehrheit von Sachen als ein Ganzes vermacht, zu erkennen, daß sie ihm in der Art zu Theil werden soll, wie sie zur Zeit seines Todes beschaffen seyn, aus welchen Bestandtheilen sie sodann bestehen wird. — Wobei es sich von selbst versteht, daß diejenigen Stücke, die etwa nur de facto oder einstweilen davon getrennt sind, fortwährend zur universitas gehören. —

Ganz anders ist es, wenn mehrere einzelne Sachen, die aber nicht unter einem Collectivnamen begriffen sind und keine universitas corporum bilden, vermacht sind. Wer mehrere einzelne Sachen vermacht oder von mehreren einzelnen Sachen **bloß in der Mehrzahl spricht**, wer z. B. **seine Sclaven** vermacht, **hat bloß diejenigen** vermacht, die ihm damals gehörten.

*L. 7. D. de auro, argento etc. legato.*

Si ita esset legatum, *vestem meam, argentum meum damnas esto dare:* id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset: quia praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset. Nam cum dicit, *vestem meam, argentum meum:* hac demonstratione *meum* praesens, non futurum tempus ostendit. Idem est, et si quis ita legaverit, *servos meos.*

## §. 10.

### Anwendung auf den Kauf.

Die Rechtsgelehrten stellen den Grundsatz auf, für einzelne Sachen, die aus einer verkauften universitas rerum entwährt werden, ist keine Gewähr zu leisten [1]). Die Stelle, worauf sie sich berufen, handelt nur von der verkauften Erbschaft [2]). Bei der verkauften Erbschaft hat der Verkäufer für einzelne Sachen nicht nöthig, die Gewähr zu leisten, es sey denn, daß der wahre Erbe sie ihm abstreitet [3]), oder der Verkäufer Gewährsleistung versprochen [4]), oder die einzelne, dem Käufer entwährte Sache als eine zur Erbschaft gehörige bezeichnet hat [5]). Der Grund, weshalb der Verkäufer, der Regel nach, zur Gewährleistung nicht verbunden ist, liegt wohl eben nicht in der Natur einer universitas rerum, sondern vielmehr darin, daß der Gegenstand des Handels die Erbschaft ist, nicht aber bestimmte Sachen es sind [6]). Wer nämlich dem Anderen die Erbschaft verkauft, verkauft ihm die Rechte an den Nachlaß, die er als Erbe wirklich

---

[1]) So bemerkt Westphal vom Kauf §. 216. Bei universitatibus ist darin etwas Besonderes, daß, wenn dazu gehörige Stücke entwährt werden, ohnerachtet sie Theile des Ganzen sind, dennoch keine Gewährleistung gefordert werden kann, weil es hier immer nur auf das noch vorhandene Ganze ankömmt.

[2]) *L. 1. C. de evict.* Emptor hereditatis rem a possessoribus sumptu ac periculo suo persequi debet. Evictio quoque non praestatur in singulis rebus, cum hereditatem jure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit.

[3]) *Perez* ad Cd. tit. de evict. nr. 7.

[4]) L. 1. Cd. cit.

[5]) L. 5. D. de evict.

[6]) L. 1. C. cit.

hat; er verkauft ihm die Sachen, welche zur Erbschaft gehören, nicht aber diejenigen, welche, unter der Erbschaft befindlich, Anderen gehören. Diesen Grundsatz giebt auch Ulpianus deutlich genug an; denn er lehrt *L.* 2. *pr. D. de hered. vel act. vend.* Folgendes:

> Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet: cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset: plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.

Was von der Erbschaft gesagt ist, gilt auch vom verkauften Peculio. Was nicht wirklich zum Peculio gehört, ist auch nicht mit verkauft, es müßte denn namentlich als zum Peculio gehörig bezeichnet seyn, und folglich hat der Verkäufer nicht nöthig, Gewähr dafür zu leisten [7].

Hingegen, was die universitas corporum betrifft, so muß davon, wie es scheint, das Gegentheil gelten. Wer dem Anderen z. B. seinen Waarenladen, seine Büchersammlung verkauft, will doch wohl alle die Sachen, die jetzt vorhanden sind, verkaufen, und der Käufer, der sich mit seinem Gebot nach ihrer Menge richtet, will sie alle ankaufen und rechnet darauf, daß sie ihm alle zu Theil werden. Soll nun der Käufer, wenn z. B. von der erkauften Heerde der dritte Theil, oder die Hälfte, oder gar noch mehr ihm

---

[7]) *L.* 5. *D. de evict.* Servi venditor peculium accessurum dixit: si vicarius evictus sit, nihil praestaturum venditorem. Labeo ait: quia sive non fuit in peculio, non accesserit: sive fuerit, injuriam a judice emptor passus est: aliter atque si nominatim servum accedere dixisset, tunc enim praestare deberet, in peculio eum esse.

abgestritten wird, diesen Verlust ruhig verschmerzen? Das kann wohl die Meinung der Gesetze nicht gewesen seyn. Wir wissen vielmehr, wenn mehrere Sachen für einen Preis verkauft sind, so kann der Käufer für ebensoviel Sachen, als verkauft sind, wenn sie ihm abgestritten werden, Entschädigung fordern [8]), und wem ein Theil der verkauften Einen Sache entwährt wird, der kann für diesen entwährten Theil Gewährsleistung fordern [9]). Sollten diese Grundsätze nicht auch hier Anwendung finden? Kommen hier nicht die einzelnen Sachen in Betrachtung, aus denen die universitas besteht? Sind sie nicht als Theile eines Ganzen anzusehen?

Einige unterscheiden hier zwischen der actio ex stipulatu und der actio emti; jene finde nicht Statt, wenn einzelne Sachen aus der verkauften universitas entwährt worden, wohl aber diese [10]). Ein Unterschied dieser Art ist, in Hinsicht auf die Gewährsleistung überhaupt, gegründet, er kömmt jedoch hier, bei der universitas, nicht besonders in Betrachtung. Es hat mit diesem Unterschiede folgende Bewandtniß. War bei den Römern die Gewährsleistung durch Stipulation versprochen, welches gewöhnlich geschah, ja der Käufer fordern konnte [11]), so hielt man sich strenge an die gebrauchten Worte. Wiewohl nun unter der Benennung der Sache auch die Theile der Sache begriffen sind [12]), so mußte doch ausdrücklich auch für den Fall der Entwährung eines einzelnen Theils Gewährsleistung versprochen werden,

---

[8]) L. 72. D. de evict.

[9]) L. 1. D. de evict.

[10]) *I. H. Böhmer* Comp. Dig. tit. de evict. §. 7.

[11]) L. 2. D. de evict.

[12]) *L. 72. D. de Verb. Sign.* Appellatione rei pars etiam continetur.

sonst konnte sie mit der actio ex stipulatu nicht gefordert werden; weil, wenn man sich an die Worte bindet, demjenigen die Sache nicht abgestritten ist, dem nur ein Theil derselben abgestritten ist [13]. Hingegen mit der Klage, die aus dem Kauf entspringt, mit der actio emti, kann der Käufer auch in solchen Fällen Gewährsleistung allerdings fordern [14].

---

[13]) *L.* 56. §. 2. *D. de evict.* In stipulatione duplae *partis* adjectio necessaria est, quia non potest homo videri evictus, cum pars ejus evicta est. Das Beispiel ist nicht glücklich gewählt, da bei einem Menschen eine evictio partis nicht möglich ist; indessen sieht man doch, worauf die Meinung des Rechtsgelehrten gerichtet war. Man muß davon wegsehen, daß ein Beispiel dieser Art nicht vorkommen kann, und sich bloß an das Beispiel selbst und an den Rechtssatz halten, der dadurch erläutert werden soll. Noch näher liegt ein anderes Beispiel. *L.* 36. *D. de evict.* Nave aut domu emta, singula caementa vel tabulae emtae non intelliguntur, ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor, quasi evicta parte.

[14]) Also lehrt *Javolenus L.* 23. *pr. D. de usurpat.:* Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes possidere. Nam si singulas res possidere intelligeretur, ipsas aedes non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit. Accedit eo, quod si quis singulas res possideri dixerit, necesse erit, dicat, possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum, esse ampliori. Quod absurdum, et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur. Utputa cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo, et superficie: et universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet. §. 1. Si autem columna evicta fuerit: puto, te *ex empto* cum venditore recte acturum, et *eo genere* rem salvam habiturum. Westphal vom Kauf §. 226. lehrt unter Beziehung auf diese Stelle, daß die vorige — L. 36. D. de evict. — von der actio ex stipulatu zu verstehen sey.

Was die gewöhnliche Theorie zu bestätigen scheint, ist der Umstand, daß nach einer Stelle des Ulpianus, wenn eine universitas rerum verkauft ist, der Mängel oder Fehler wegen keine Gewähr zu leisten ist, womit einzelne darunter enthaltene Stücke behaftet sind. Und hier wird nicht bloß die verkaufte Erbschaft und das verkaufte Peculium, sondern auch das (mit) verkaufte Instrumentum fundi als Beispiel aufgeführt und, wie jener Rechtssatz auf diese verschiedenen universitates auf dieselbe Weise angewandt wird, so scheint es keinen Zweifel zu leiden, daß er von *universitatibus rerum* überhaupt gilt und bei allen dergleichen Gesammtheiten für Mängel einzelner Stücke keine Gewähr zu leisten sey, woraus sich weiter schließen läßt, daß auch in Ansehung der Gewähr des Eigenthums kein Unterschied unter ihnen, und für einzelne Sachen keine solche Gewähr zu leisten sey. Diese Stelle lautet folgendermaßen:

*L.* 33. *pr. D. de aed. edicto. Ulpianus:*

Proinde Pomponius ait, justam causam esse, ut quod in venditione accessurum esse dictum est, tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit, quod principaliter venit. Nam jure civili, ut integra sint, quae accessura dictum fuerit, ex empto actio est: veluti *si dolia accessura fundo* dicta fuerint. Sed hoc ita: si certum corpus accessurum fuerit dictum. Nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia, quae in peculio fuerint, sana esse praestare venditor non debet, quia non dixit, certum corpus accessurum; sed peculium tale praestare oportere:

et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc.

Eandem rationem facere Pomponius ait, ut etiam si hereditas, aut peculium servi venierit, locus edicto aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in hereditate, aut in peculio.

Idem probat, et si fundus cum instrumento venierit, et in instrumento mancipia sint. Puto hanc sententiam veram: nisi si aliud specialiter actum esse proponatur.

Die Meinung des Rechtsgelehrten geht, wie es scheint, dahin, weil keine bestimmte Sachen verkauft sind, so hat der Käufer auch keine bestimmte Sachen zu fordern — dies behält er im Sinn — und kann auch nicht begehren, daß die vorhandenen fehlerfrei sind; und in diesen Stücken kommen die verkaufte Erbschaft und das verkaufte Peculium — mit dem verkauften *instrumentum fundi* überein.

Hingegen heißt es am anderen Ort

*L. 27. D. de act. emt. et vend.*

Quicquid venditor accessurum dixerit: id integrum ac sanum tradi oportet, veluti si fundo dolia accessura dixisset: *non quassa, sed integra dare oportet.*

Und damit kein Widerspruch sey zwischen diesem Fall und dem vorigen, muß man wohl annehmen, daß in der letzteren Stelle von einem solchen Fall die Rede ist, wo bestimmte Gefäße (mit) verkauft sind.

Meine eigene Meinung geht dahin: Das Instrumentum fundi ist zwar eine Mehrheit von Sachen, doch, wie oben gezeigt ist, keine universitas corporum im römischen Sinn. Wäre sie es aber, so würde die Stelle dennoch nichts

beweisen. Man muß unterscheiden, ob Jemand — um bei dem gesetzlichen Beispiele zu bleiben — das Grundstück *cum instrumento* oder, wie wir sagen, mit dem Inventario oder vielmehr mit einem (mit dem ist schon zu viel gesagt), oder ob er es mit dem bestimmten Inventario, wie es jetzt ist, verkauft hat. Im ersteren Fall hat er eine unbestimmte Mehrheit von Sachen verkauft und hat nicht nöthig, in Hinsicht auf einzelne Sachen, das Eigenthum oder Mängel zu gewähren; im zweiten ist er allerdings zu Beidem verbunden. Unser Deutsches: mit dem Inventario, scheint schon die Meinung der Contrahenten anzudeuten, wie das Inventarium nach seinem jetzigen Bestande verkauft seyn solle. Diesen Unterschied giebt die Natur der Sache an die Hand; man kann ihn, unbeschadet der Lehre des Ulpianus, machen, denn Ulpianus sagt nur, der Verkäufer hafte nicht, wenn *fundus cum inventario* verkauft ist, welches den von den Contrahenten gebrauchten eigenen Ausdruck andeuten soll und ganz und gar unbestimmt ist; ja er scheint unter der Ausnahme, die Ulpianus macht und wodurch er seinen Satz selbst beschränkt:

> Puto hanc sententiam veram, *nisi si specialiter actum esse proponatur*,

enthalten zu seyn. Er ist auch, wie es scheint, einer unmittelbar vorhergehenden Stelle des Cajus angemessen, welche so lautet:

*L. 32. D. de aedilitio edicto.*

> Itaque sicut superius venditor de morbo vitiove, et caeteris, quae ibi comprehensa sunt, praedicere jubetur; et praeterea in his causis non esse mancipium, ut promittat, praecipitur

(er soll versprechen, *in his causis non esse mancipium*, d. h. der Sclave sey mit dergleichen Mängeln nicht behaftet*); ita et cum accedat alii rei homo, eadem et praedicere, et promittere compellitur: quod non solum hoc casu intelligendum est, quo nominatim adjicitur, *accessurum fundo hominem Stichum:* sed etiam si generaliter omnia mancipia, quae in fundo sint, accedant venditioni.

Vollends kann es keinen Zweifel leiden, daß für jedes einzelne Stück, woraus die verkaufte universitas corporum besteht, Eigenthum und Fehlerlosigkeit zu gewähren sey, wenn sie alle aufgezählt und Stück für Stück geschätzt und in Anschlag gebracht wären. Ebenso, wenn nicht Ein Preis für die ganze universitas bedungen worden, sondern der Preis sich nach der Menge der einzelnen Sachen richten, die Heerde z. B. mit einem gewissen Preise *pro numero corporum* bezahlt werden soll; — in welchem Fall der Handel in Hinsicht auf die zu übernehmende Gefahr nicht eher vollkommen ist, als bis die einzelnen Sachen, z. B. die einzelnen Häupter der Heerde, dem Käufer zugezählt sind[15].

---

*) Westphal vom Kauf §. 416.

[15]) *L.* 35. §. 5. *D. de contr. emt.* In his, quae pondere, numero mensurave constant, (veluti frumento, vino, oleo, argento) modo ea servantur, quae in caeteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratave sint. Nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est, quod in caeteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras: item oleum, ut in singulos metretas: item frumen-

Ist diese Ansicht richtig, so ist die gewöhnliche Ansicht unrichtig. Auch bei der universitas corporum — die ja, wie wir gehört haben, als unum *corpus* zu betrachten ist — auch bei dieser ist Eigenthum und Abwesenheit von Mängeln, wie bei andern Individuen, zu gewähren. Der Verkäufer muß dafür haften, daß er sie in der Größe, wie sie ihm verkauft ward, haben darf, und daß sie in allen den Stücken, die zu ihr gehören und die sie ausmachen, fehlerfrei sey. Nur, wenn eine unbestimmte Mehrheit verkauft worden, kann von keiner Gewähr bestimmter Sachen die Rede seyn.

Nachdem nun dieser Rechtssatz im Allgemeinen festgestellt worden, kann man fragen, mit welcher Klage, wenn eine universitas corporum verkauft worden, Gewährsleistung gefordert werden kann. Dann würde wegen entwährter einzelner Stücke, nach reinem römischen Recht, actio ex stipulatu nicht Statt finden, wenn deren nicht namentlich Erwähnung geschehen wäre, actio ex emto aber ohne allen Unterschied.

---

tum, ut in singulos modios: item argentum ut in singulas libras certum pretium diceretur: quaeritur, quando videatur emptio perfici? quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa, adpensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri: ut in singulos metretas, aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis: aut in singula corpora, quae adnumeraveris. §. 6. Ergo et si grex venierit, siquidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus.

Es entsteht nur noch die Frage, in welcher Größe die Entschädigung zu leisten sey, wenn einzelne Stücke einer universitas corporum dem Käufer entwährt sind. Ist dabei auf die Größe des Kaufpreises, der für die ganze universitas bedungen ist, Rücksicht zu nehmen? Muß der Verkäufer sich gefallen lassen und der Käufer zufrieden seyn, wenn ein verhältnißmäßiger Theil des Kaufpreises abgerechnet oder zurückgezahlt wird, z. B. der zehnte, wenn die universitas aus zehn Stücken besteht und das zehnte entwährt ist? Oder, ist nicht vielmehr der Werth zu vergüten, den dieses einzelne Stück, getrennt von den übrigen, hat? Ohne Zweifel das Letztere; das römische Recht stellt den Grundsatz auf: wird ein ideeller Theil entwährt, so muß man bei der Entschädigung auf das Verhältniß sehen, was dieser ideelle Theil zum Ganzen hat; wird aber ein bestimmter Theil entwährt, so kömmt es auf den Werth dieses Theils und auf die besondere Beschaffenheit desselben an[16]). Machen wir die Anwendung davon auf die universitas corporum. Wird also ein einzelnes Stück einer universitas entwährt, so ist es so anzusehen, als sey ein bestimmter Theil der ganzen universitas entwährt. Jedes einzelne Stück hat seinen eigenen, von dem des andern verschiedenen Werth; es ist ein großer Unterschied, ob dem Käufer gerade dieses Stück oder ein anderes entzogen wird. Es ist also der besondere Werth dieses Stücks, der Werth, den es an und für sich hat, bei der Entschädigung in Anschlag zu bringen, nicht anders, als wäre es eine Sache für sich, was es in diesem Fall im Grunde auch ist; überhaupt ist der Schade

---

16) L. 1. D. de evict. L. 64. §. 3. D. eod.

zu vergüten, den der Käufer dadurch erleidet, daß er dieses Stück und gerade dieses Stück entbehren muß.

Und damit genug von dieser Materie.

## §. 11.
## Anwendung auf das Pfandrecht.

Eine universitas rerum kann auch verpfändet werden. Unter den universitatibus rerum, welche verpfändet werden können, erwähnen die römischen Gesetze namentlich des Peculii [1]). Auch die Erbschaft, lehrt Bachov, kann verpfändet werden [2]).

Besonders können auch, von den Rechtsgelehrten so genannte, universitates facti, womit wir es hier hauptsächlich zu thun haben, verpfändet werden. Das Pfandrecht an einer universitas facti pflegen die Rechtsgelehrten dem besonderen beizuzählen; Bachov lehrt, es sey ein allgemeines. Die Allgemeinheit des Pfandrechts habe Stufen; das eine Pfandrecht sey allgemein, das andere noch mehr allgemein. Wenn Jemand eine Erbschaft oder einen Theil seines Vermögens verpfände, so sey dies ein allgemeines Pfandrecht, obgleich er sein sämmtliches Vermögen nicht verpfändet habe. Nicht weniger sey es ein allgemeines Pfandrecht, wenn Jemand einen Laden oder die Heerde verpfändet habe. Denn es hafteten dann nicht bloß einzelne bestimmte Sachen, die zur Zeit der Verpfändung vorhandenen nämlich, sondern auch diejenigen Waaren, die in der Folge in den Laden, diejenigen

---

[1]) L. 1. §. 1. D. de pign. L. 18. §. 4. D. de pign. act. L. 19. D. eod. L. 1. §. 1. D. quae res pign.

[2]) *Bachov* de pign. lib. 1. cap. 5.

jenigen Häupter, die in der Folge an die Stelle abgegangener in die Heerde gekommen sind.

Die Allgemeinheit des Pfandrechts leidet, wenn man es genau nimmt, keine Abstufungen; man kann aber den Umfang des Pfandrechts bald mehr, bald weniger erweitern, je nachdem man es auf eine, mehr oder weniger umfassende, Art von Sachen bezieht; man kann also dem Gläubiger in Hinsicht auf das ganze Vermögen, man kann ihm in Hinsicht auf einzelne Vermögenstheile ein allgemeines Pfandrecht ertheilen, und die letzteren können wiederum mehr oder weniger unter sich begreifen. Es ließe sich daher das pignus universale und particulare unterscheiden und zu dem letzteren die verpfändete Erbschaft und das verpfändete Peculium zählen, wobei dann die, hier nicht zu erörternde, Frage aufzuwerfen bliebe, ob diese in Hinsicht auf ihre rechtliche Natur sich zum pignus speciale oder universale s. generale hinneigen. Was insonderheit das an einer universitas facti bestellte Pfandrecht betrifft, so kann über das Fach, wohin es zu stellen ist, kein Zweifel Statt finden. Das pignus universitatis ist ein pignus *speciale*. Hier sind nicht mehrere Sachen verpfändet, sondern nur Eine, indem die universitas corporum im rechtlichen Verstande, wie oft erwähnt ist, nur *unum corpus* ausmacht.

Im römischen Recht ist von der universitas corporum überhaupt, als einem Gegenstande des Pfandrechts, nicht eben die Rede, sondern namentlich nur von der *grex* und der *taberna;* indessen vertreten beide hier, vorausgesetzt, daß die letztere überhaupt als universitas in Betrachtung kömmt, die Art, wozu sie als Unterarten gehören. Die Grundsätze, welche die Gesetze bei ihnen aufstellen, sind ihnen nicht ausschließlich eigen, sondern, aus der allgemeinen Natur der

universitas corporum geschöpft, sind sie auf jede andere mit gleicher Stärke anwendbar. Wer das Gegentheil behaupten wollte, müßte erst zeigen, daß ein triftiger Grund vorhanden war, zwischen ihnen und anderen Arten einen Unterschied zu machen, oder daß die grex und die taberna die einzigen Arten der universitas corporum und pignus gregis und pignus tabernae die einzigen Arten des pignoris universitatis sind.

Wird also eine Heerde verpfändet, so sind nicht nur die Jungen, die nach der Verpfändung geboren werden, mit verpfändet, sondern, wenn alle Häupter, aus denen die Heerde zur Zeit der Verpfändung bestand, abgegangen sind und die ganze Heerde sich erneuert hat, ist diese Heerde verpfändet.

*L.* 13. *pr. D. de pign.*

Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur. Sed et si prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

Daß ein Pfandrecht an einer Heerde sich auf den Zuwachs oder die Jungen mit erstreckt, scheint schon daraus zu folgen, daß sie Früchte sind, gleichwie die Früchte mit verpfändet sind, welche ein verpfändetes Grundstück hervorbringt [3]). Wenn aber auch alle die alten Häupter abgegangen und neue an deren Stelle getreten sind, dauert, sagt der römische Rechtsgelehrte, das Pfandrecht fort. Er scheint hier bloß an den Fall zu denken, da die Heerde sich aus sich selbst, nämlich durch den Zuwachs, ergänzt und am Ende ganz erneuert hat. Indessen erstreckt sich das Pfandrecht

---

[3]) L. 3. C. in quibus causis pignus.

ohne Zweifel auch auf diejenigen Häupter mit, die an die Stelle abgegangener von aussen gekommen, und überhaupt auf alle, die nach der Verpfändung in die Heerde eingesetzt sind. Denn Alles, was durch Zuwachs oder Einsetzung hinzugekommen ist, gehört ja zu der Heerde und wird folglich von dem an der Heerde bestellten Pfandrecht mit ergriffen.

Wird ferner eine Taberna verpfändet, so sind nicht bloß diejenigen Waaren verpfändet, die sich zur Zeit der Verpfändung in dem Laden befinden, sondern auch diejenigen, die in der Folge hinzugekommen sind. Das Object des Pfandrechts besteht jedesmal aus den Waaren, die sich gerade in dem Laden befinden.

*L. 34. pr. D. de pign.*

Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur, et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: Ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Der Rechtsgelehrte wirft die Frage auf: Wenn der Laden oder die Bude verpfändet ist, was ist dann verpfändet? Sind etwa die Waaren, die gerade zur Zeit der Verpfändung in dem Laden sich befinden — merces, *quae in ea erant* — verpfändet? Er beantwortet diese Frage nicht so-

gleich, sondern erst am Ende, und auch dann nicht geradezu, und wirft eine andere auf. Und, fährt er fort, wenn er jene Waaren nach und nach verkauft, andere angeschafft und in den Laden gebracht hat und nun gestorben ist, kann der Gläubiger alle die Waaren, die jetzt im Laden sind, mit der actio hypothecaria verfolgen? Alles, was zur Zeit des Todes des Schuldners an Waaren im Laden ist, ist dem Pfandrecht unterworfen.

Wir lernen hier, der Laden ist, wie eine universitas rerum, welche immer dieselbe bleibt, wenn auch ihre Theile sich nach und nach verändern, verpfändet. Besonders erhellet daraus, 1) daß diejenigen Waaren, die nach und nach aus dem Laden verkauft werden, durch den Verkauf, indem sie aus dem Laden gehen, auch dem Pfandrecht nicht weiter unterworfen sind, wiewohl dieser Satz nicht über allen Zweifel erhaben ist; 2) daß dagegen die neu angeschafften Waaren von dem Pfandrecht ergriffen werden; 3) daß diese Fähigkeit des pignoris universitatis, durch Zuwachs oder an Umfang zu gewinnen, mit dem Tode des Schuldners endet. Denn durch die Bemerkung, daß alle diejenigen Güter, die zur Zeit des Todes des Schuldners in dem Laden befindlich sind, von dem Pfandrecht ergriffen werden, soll doch wahrscheinlich zugleich angedeutet werden, daß die Güter, die nach dem Tode des Schuldners hinzukommen, vom Pfandrecht ausgenommen sind. Es würde dies mit dem Grundsatz übereinstimmen, wornach, wenn Jemand alle seine Güter verpfändet, es damit doch nur auf die eigenen Güter des Schuldners zu beziehen ist, nicht auf diejenigen seines Erben [4]).

---

[4]) L. 29. pr. D. de pign.

Wenn gleich, wie bemerkt ist, das Recht des Pfandgläubigers in dem Maaß, wie die universitas selbst sich vergrößert, an Umfang gewinnt, so glaube ich doch, daß es nicht so anzusehen sey, als hätten die neu hinzukommenden Waaren gleich Anfangs zu der universitas gehört. Vielmehr müssen, nach meinem Ermessen, die Rechte Anderer daran erhalten bleiben, und die neu hinzukommenden Sachen können nur, mit den Befugnissen belastet, die Anderen daran etwa zustehen, in die universitas übergehen. Die Natur einer universitas bringt es zwar mit sich, daß sie sich vergrößern und das Recht wachsen kann, weil das Object gewachsen ist; die Einverleibung in eine universitas, eine Handlung des Schuldners, scheint aber keine gültige Art zu seyn, die Rechte Anderer an den hinzukommenden Sachen aufzuheben. Nimmt man das Gegentheil an, so räumt man dem Schuldner dadurch die Macht ein, Rechte, die Anderen an seinen Sachen zustehen, nach Willkühr einseitig zu vernichten. Der Zuwachs verändert zwar die Natur der universitas nicht; sie geht nicht in eine andere Art von Sachen über — adjectionibus corporum manet; — aber legen deshalb die *corpora*, die ihren Umfang vergrößern, wenn sie einzeln betrachtet werden, ihre vorige Natur ab oder verlieren sie die Eigenschaften, die ihnen von Rechtswegen ankleben? — Dann müßte ja auch das Eigenthum, was einem Anderen an Sachen zusteht, dadurch vernichtet werden, daß diese Sachen der universitas einverleibt werden. So wenig das Eigenthum dadurch erlischt, eben so wenig erlischt das Pfandrecht.

## §. 12.

### Fortsetzung.

### Ob einzelne Sachen, die der Schuldner aus der verpfändeten Universitas veräußert, vom Pfandrecht frei werden?

Einige nehmen an, daß die einzelnen, zu der verpfändeten universitas gehörigen Sachen, wenn sie veräußert werden, aufhören, verpfändet zu seyn. Zu diesen gehört namentlich Cocceji [1]). Er lehrt, daß, wenn eine taberna verpfändet wird, die einzelnen darin enthaltenen Waaren nicht verpfändet sind. Sie würden nicht eingebracht, um beständig darin zu bleiben, sondern um vertauscht zu werden; täglich machten sie neuen Platz, die an ihre Stelle träten und durch welche die veräußerten vom Pfandrecht frei gemacht würden. Man könne überhaupt sagen, daß, wenn ein ganzes genus von Sachen, welches dem Wechsel unterworfen sey und bei welcher die eine Sache an die Stelle der anderen tritt, verpfändet wird, die in der Zwischenzeit veräußerten einzelnen Sachen nicht mit der Last des Pfandrechts auf den neuen Erwerber übergehen, als welche den einzelnen Sachen nicht, sondern nur dem *genus* aufgebürdet sey. Der Fall trete namentlich auch dann ein, wenn die Rede sey von den eingebrachten Sachen (den invectis et illatis); auch hier könne der Schuldner einzelne dazu gehörige Sachen, ohne daß ihnen ein Pfandrecht anklebe, veräußern; und nur dann sey [2]) eine

---

[1]) jus civ. controv. lib 20. tit. 1. qu. 7.

[2]) nach L. 9. D. in quibus causis pignus.

Ausnahme zu machen, wenn einzelne Sachen besonders verpfändet seyen oder wegen nicht bezahlter Pacht die invecta et illata mit Arrest belegt worden.

Ich will nur vorläufig bemerken, daß die invecta et illata gar nicht hieher gehören; sie bilden keine universitas corporum, sondern es ist dies ein Ausdruck, wodurch mehrere einzelne Sachen zugleich verpfändet werden, ohne daß sie als Einheit gedacht werden; sie werden nur zu gleicher Zeit verpfändet, so, als wäre eine jede besonders verpfändet. Es entsteht also dadurch ein dem allgemeinen ähnliches Pfandrecht, ja es ist, in Hinsicht auf eine gewisse Classe von Sachen, ein allgemeines, und, gleichwie das allgemeine Pfandrecht den Schuldner nicht hindert, daß er nicht darunter begriffene Sclaven in Freiheit setzen könnte [3]) — welches als eine aus Begünstigung der Freiheit entspringende, auf diesen besonderen Fall zu beschränkende, die Regel bestärkende, Ausnahme zu betrachten ist — also ist es auch dem Miethsmann nicht verwehrt, Sclaven frei zu lassen, welche unter den invectis et illatis begriffen sind, und nur dann ist es ihm nicht erlaubt, wenn diese Sclaven ausdrücklich und besonders verpfändet sind, gerade wie beim allgemeinen Pfandrecht [4]), oder wenn sie mit anderen eingebrachten Sachen in gerichtlichen Beschlag genommen sind [5]). —

---

[3]) L. 3. C. de servo pign. dato. L. 4. L. 27. §. 1. D. Qui et a quibus manumissi. L. 3. D. de manumiss.

[4]) L. 3. C. de servo pign. dato.

[5]) *L. 6. D. in quibus causis pignus.* Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur *invecta* et *illata*, ac si specialiter convenisset: certe libertati hujusmodi pignus non officit. Idque et Pomponius probat. Ait enim, manumissioni non officere ob habitationem obligatum. *L. 9. D. eod.* Est differentia obligatorum propter pen-

Ich habe dies alles in der vorhergehenden — übrigens später geschriebenen — Abhandlung schon einmal und ausführlicher, als hier, wo nur beiläufig davon die Rede seyn kann, auseinandergesetzt. —

Auch Erxleben [6]) schränkt bei der verpfändeten universitas das Recht des Gläubigers auf diejenigen Sachen ein, die zu der Zeit zu der universitas gehören, da er von seinem Recht Gebrauch macht. Er findet den Grundsatz: transit res cum suo onere hier nicht anwendbar und leitet dieses aus der Natur eines pignoris specialis ab, wozu nämlich die taberna oppignorata u. s. w. gehöre. Dieser Meinung ist auch Hellfeld [7]).

Bachov, welcher überhaupt nur zwei Arten des pignoris universitatis statuirt, nämlich das pignus gregis und das pignus tabernae, und dabei annimmt, ein solches pignus universitatis sey gewissermaßen ein allgemeines, es sey wenigstens mit dem allgemeinen verwandt, doch bald wieder einlenkt und behauptet, es sey ein specielles, Bachov also lehrt: Wenn der Schuldner die Heerde verpfände, so sey dies nur Ein Pfandrecht und nicht die einzelnen Häupter machten den Gegenstand des Pfandrechts aus, sondern, ohne Bestimmung der Zahl, sey **die Heerde** verpfändet; ebenso verhalte es sich mit der verpfändeten Taberna; bei

---

sionem et eorum, quae ex conventione manifestarii pignoris nomine tenentur: quod manumitiere mancipia obligata pignori non possumus: inhabitantes autem, manumittimus; scil antequam pensionis nomine percludamur: tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus: et derisus Nerva jurisconsultus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem, liberari posse.

[6]) princ. de jure pign. et hyp. §. 146. 147.

[7]) jurispr. for. §. 1083.

beiden träten die Surrogate an die Stelle abgegangener Stücke, und dadurch unterscheide sich das pignus universitatis von anderen Fällen, da eine res singularis verpfändet wird. Merkwürdig ist dabei, daß Bachov bloß in Hinsicht auf die verpfändete taberna behauptet, wie einzelne aus der taberna veräußerte Stücke ohne die Last des Pfandrechts auf den neuen Erwerber übergehen; in Hinsicht auf die verpfändete Heerde schweigt er darüber [8]).

Es fehlt aber nicht an Rechtsgelehrten, welche, ohne das pignus universitatis auf jene beiden Arten zu beschränken, den Grundsatz: transit res cum suo onere auch auf die verpfändete universitas anwenden, und bloß bei der verpfändeten *taberna* eine Ausnahme von dieser Regel zulassen. Dahin gehören namentlich Schulting [9]), Hofacker [10]), Günther [11]).

## §. 13.

### Fortsetzung.

Es giebt nur Eine Stelle, welche den Zwiespalt unter den Rechtsgelehrten, wie sie ihn veranlaßt hat, also auch, ihn geradezu zu entscheiden, allein geschickt ist, oder wenigstens zu seyn scheint. Diese Stelle — L. 34. pr. D. de pign. — hat es zunächst mit der taberna zu thun; und was die taberna betrifft, zweifelt Niemand daran, daß die einzelnen Waaren, welche der Schuldner daraus verkauft hat, durch den Ausgang aus dem Laden vom Pfandrecht frei geworden sind.

---

[8]) *Bachov.* de pign. lib. 2. cap. 5. nr. 2 et 3.

[9]) theses controv. decas 75. §. 9.

[10]) princ. jur. rom. §. 1188.

[11]) princ. jur. rom. §. 678. not. b.

Und dennoch ist dieser Satz selbst bei der taberna noch nicht über allen Zweifel erhaben. Es wird nicht ausdrücklich gesagt, daß die verkauften Waaren aufgehört haben, verpfändet zu seyn; man kann es nur etwa aus dem Schweigen des Rechtsgelehrten schließen. Dies Schweigen läßt sich aber auch auf andere Art, nämlich daraus erklären, daß der Rechtsgelehrte bloß die Frage entscheiden wollte, ob die neu angeschafften Waaren, gleich den alten, dem Pfandrecht unterworfen sind, und daß er die andere Frage, ob die verkauften vom Pfandrecht frei geworden sind, als in diesem Augenblick nicht aufgeworfen, bei Seite liegen ließ. Er lehrt, die vorhandenen Waaren sind verpfändet; hat er damit gesagt, die verkauften sind es nicht? Ganz sicher ist dies Argumentum a contrario wenigstens in diesem Fall nicht. Es würde sicher seyn, wenn er die Frage aufgeworfen hätte, ob die jetzt vorhandenen oder die früher vorhanden gewesenen verpfändet sind. So aber scheint es ihm hier nur, wenigstens hauptsächlich, um die Beantwortung der Frage zu thun gewesen zu seyn, ob die neu angeschafften Waaren mit verpfändet sind.

Gesetzt indessen, der Rechtsgelehrte habe wirklich angedeutet, daß die verkauften Waaren vom Pfandrecht frei geworden sind, oder, es wäre dies aus seinen Worten mit völliger Sicherheit zu schließen, so würde dieser Rechtssatz aus Gründen, die ich schon am anderen Ort angeführt habe [1]), auf die taberna zu beschränken und höchstens auf die Heerde und andere universitates dieser Art, wenn es dergleichen giebt, zu erweitern seyn, nämlich auf diejenigen, deren besondere Art es mit sich bringt, daß sie Abgang und Zuwachs

---

[1]) Meine Lehre vom Pfandrecht S. 126. 127.

erleiden; nicht aber läßt er sich auf alle universitates ohne Unterschied ausdehnen, namentlich nicht auf solche, bei denen es bloß zufällig geschieht, daß einzelne Stücke davon veräußert und andere dazu angeschafft werden. Eine Stelle, die bloß von der taberna handelt, kann uns nicht, noch können uns andere Gründe berechtigen, jenen Grundsatz — wenn er überhaupt vorhanden ist — als einen allgemein gültigen anzusehen.

Denn, wenn das Recht des Gläubigers von der Art ist, daß es die ganze Sache ergreift, so muß es sich über jeden Theil — und dies sind hier die einzelnen Stücke, aus denen die universitas besteht — verbreiten, und, veräussert der Schuldner einzelne Stücke, muß der Grundsatz: *transit res cum suo onere*, wie er auf die ganze Sache anwendbar war, also auch auf diese einzelnen Stücke, als Theile des Ganzen, Anwendung finden. Auch hier muß der Grundsatz gelten, daß Veräußerungen von Seiten des Schuldners nicht zum Nachtheil des Gläubigers und seines Pfandrechts gereichen dürfen, daß dieses einmal bestellte Pfandrecht vielmehr erhalten bleiben muß und dem Gläubiger auf keine Art wider seinen Willen entzogen, geschmälert oder beeinträchtigt werden darf [2]).

Die Gründe, die für das Gegentheil angeführt werden, halten die Prüfung nicht aus. Daraus, daß ein pignus universitatis ein pignus speciale ist, folgt nur, daß nicht jedes einzelne Stück besonders verpfändet, nicht aber folgt daraus, daß es nicht verpfändet sey. Es wird vielmehr von

---

[2]) L. 12. C. de distract. pign. | C. de pign.
L. 10. C. de remiss. pign. L. 15. |

dem Pfandrecht des Gläubigers, was sich über die ganze universitas erstreckt, als darunter enthalten, mit ergriffen. Es ist eine ganz falsche Vorstellung, als wenn das Pfandrecht nur dem Genus oder der universitas, nicht aber den einzelnen Sachen, welche ja gerade die universitas ausmachen, aufgebürdet sey. Ein von den einzelnen Sachen verschiedenes Ganze hat, wie ich schon erwähnt habe, kein Daseyn und kann kein Gegenstand von Rechten seyn. Die einzelnen Sachen sind es doch immer, welche, in der Vorstellung zu Einem Ganzen vereinigt, den Gegenstand des Rechts ausmachen. Es liegt auch in der Natur einer universitas im Allgemeinen kein Grund, der den Gläubiger, welcher anderen gewisse Rechte daran eingeräumt hat, berechtigen könnte, etwas davon zu nehmen.

Höchstens das Recht könnte man dem Schuldner einräumen, für ein Stück, was er der *universitas* hinzufügt, ein anderes nicht besseres wieder wegzunehmen. Allein, auch dieses ist wenigstens noch zweifelhaft. Denn, wenn gleich der Schuldner, der dem Gläubiger eine fremde, oder verpfändete, oder fehlerhafte Sache verpfändete, verbunden ist, dem Gläubiger id, quod interest, zu leisten und er sich von dieser Verbindlichkeit dadurch frei machen kann, daß er dem Gläubiger eine andere, die nicht eine fremde oder verpfändete und dabei eben so gut ist, und, statt der fehlerhaften, eine fehlerlose ist, zum Pfande giebt, und der Gläubiger sich damit begnügen muß [3]), so folgt aus dem, was unter besonderen Umständen und in subsidium geschehen darf, noch nicht, daß der Schuldner im Allgemeinen das Recht habe, für eine vom Pfandrecht ergriffene Sache eine

---

[3]) S. meine Lehre vom Pfandrecht §. 26. am Ende.

andere, wenn sie nur nicht schlechter ist, nach seinem Belieben an die Stelle zu setzen. Vielmehr würde hier die Regel Anwendung finden: Creditori invito aliud pro alio obtrudi nequit.

## §. 14.

### Anwendung auf vorbehaltenes Eigenthum.

Nimmt man an, wie alles, was zu einer universitas hinzukömmt, sie nicht bloß vergrößert und alles, was davon genommen wird, sie nicht bloß vermindert, sondern auch, daß jenes von dem Recht, was einem Anderen an der universitas zusteht, mit ergriffen, dieses davon ausgenommen wird, das Recht sich also nach den Zeiten verändert, bald wächst, bald abnimmt, wie wohl behauptet zu werden pflegt, so würde sich daraus unter anderen diese Folgerung ergeben.

Gesetzt, es hätte Jemand z. B. eine Viehheerde verkauft (etwa mit einem Grundstück oder auch ohne das) und er behielte sich, wie wohl zu geschehen pflegt, bis zu seiner Befriedigung das Eigenthum daran vor, so könnte er, im Fall über des Käufers Vermögen Concurs ausbricht, nicht nur die sodann noch vorhandenen Häupter, sammt dem Zuwachs, sondern auch alle diejenigen Häupter, die der Käufer etwa neu angeschafft und in die Heerde eingesetzt hätte, als sein Eigenthum in Ansprache nehmen; denn diese sind ja accessio, und accessio soll nach jener Lehre, die keine Ausnahmen statuirt, ohne Unterschied das Schicksal der universitas theilen.

Allein ich zweifle sehr daran, daß dieses richtig sey. Wenn Jemand z. B. eine Heerde verkauft und sich das Eigenthum daran vorbehält, kann man sagen, daß ihm die Heerde gehöre, wenn sie sich in der Folge verändert hat?

Ihm gehören die einzelnen Häupter, die von der Heerde, wie sie ursprünglich war, übrig sind. Sein Eigenthum erstreckt sich außerdem auf den Zuwachs, nämlich auf die Jungen, die von ihm gehörigen Müttern geboren sind. Erstreckt es sich aber auch auf die Häupter, welche von außen, etwa an Stelle abgegangener, zu der Heerde hinzugekommen sind? Dies läßt sich schwerlich behaupten. Was haben die unter der Heerde begriffenen Thiere mit einander gemein, als daß sie zusammen auf die Weide geführt werden, neben einander grasen, an derselben Krippe stehen u. s. w.? Kann sich das Eigenthum durch das Beisammenseyn, als wäre es ein Krankheitsstoff, mittheilen? Oder, kann man hier die Grundsätze von Haupt- und Nebensachen anwenden und die universitas als die Hauptsache ansehen, wovon die einzelnen Stücke die Nebensache ausmachen? Alle die einzelnen Stücke bringen die universitas erst hervor und keines ist vorzüglicher, als das andere. Man muß, wenn von Besitz und Rechten die Rede ist, jedes einzelne Stück in Betrachtung ziehen und, wie es bei Pomponius [1]) heißt, sagen: Singulae (sc. res) suam causam habebunt.

Das Eigenthum der neu hinzugekommenen Häupter könnte man nur aus dem Facto der Einsetzung ableiten. Aber dies Factum allein kann es nicht machen, sondern es muß mit dem Willen begleitet seyn, Eigenthum zu geben und, beziehungsweise, es zu erwerben, und dieser Wille enthält dann den letzten Grund, wodurch das Eigenthum verändert wird. Aber, wer der Heerde neue Häupter hinzufügt, hat im Allgemeinen den Willen nicht, das Eigenthum dieser neuen Häupter aufzugeben und es auf den Anderen

---

[1]) L. 30. §. 2. D. de usurpat. et usucap.

zu übertragen, und nur höchstens dann ließe sich ein solcher Wille annehmen, wenn dadurch andere, nicht abgegangene, sondern von dem Käufer, z. B. um sie zu schlachten, davon genommene, Häupter ersetzt werden sollten. Auf der andern Seite hat auch der Verkäufer die Absicht nicht, das Eigenthum der neu hinzugekommenen Stücke zu erwerben; er wollte ja nur das Eigenthum seiner Stücke fortsetzen; er hat sich, der Voraussetzung zufolge, sein bisheriges Eigenthum nur vorbehalten. Selbst dann, wenn etwa der Käufer die Absicht gehabt hätte, durch die Einsetzung neuer Häupter abgegangene nicht bloß zu ersetzen, sondern sie ganz in die Stelle der abgegangenen treten zu lassen, — beides ist nicht nothwendig mit einander verbunden — hat der Verkäufer wenigstens bisher noch nicht erklärt, wie er das Eigenthum dieser neuen Häupter haben wolle, sondern es käme in einzelnen Fällen noch darauf an, ob er mit dem Tausch zufrieden ist. Auf allen Fall würde auch immer

1) die Einsetzung an sich nicht hinlänglich seyn, das Eigenthum zu verändern, weil sie den Besitz nicht verändert, sondern, ungeachtet der Einsetzung, verbleibt der bisherige Besitzer im Besitz. Die Einsetzung kann der Uebergabe nicht gleich geachtet werden; sondern es würde immer eine besondere Uebergabe erforderlich seyn, nämlich eine Uebergabe der einzelnen Häupter. Denn man besitzt, wie gesagt, z. B. die Heerde nicht, sondern nur die einzelnen Häupter; auf eben die Art kann also auch nicht die Heerde, sondern es können nur die einzelnen Häupter übergeben werden. Es kann zwar in einzelnen Fällen durch die Einsetzung eine Veränderung des Besitzes vor sich gehen. Der Fall tritt ein, wie wir hören werden, beim Ususfructus, bei welchem durch die Submission das Eigenthum zum Ersatz

bestimmter Häupter von dem Usufructuar auf den Proprietar übergeht. Indessen glaube ich nicht, daß sich dieses hier anwenden lasse, weil, wenn dem Käufer die Heerde unter dem Vorbehalt des Eigenthums verkauft ist, er die Heerde, oder vielmehr die verkauften einzelnen Häupter, in der Regel wirklich, wenn auch nur precario, besitzen wird [2]), während der Usufructuar die Heerde, oder vielmehr die einzelnen Häupter, die den Gegenstand des Usufructus ausmachen, bloß inne hat.

2) Würde auf allen Fall das Eigenthum der hinzugekommenen Häupter erst mit der Uebergabe seinen Anfang nehmen, und, wenn etwa in der Zwischenzeit und bis zu diesem Zeitpunkt hin ein Anderer Pfandrechte auf sie erworben hätte, würde durchaus kein Grund vorhanden seyn, weshalb nicht der Grundsatz: *transit res cum suo onere*, auch hier Anwendung finden sollte.

## §. 15.

## Anwendung auf den Usufructus.

Auch beim Usufructus unterscheiden die römischen Gesetze, ob einzelne Sachen oder eine *universitas rerum*, ob z. B. einzelne Häupter oder eine ganze Heerde den Gegenstand des Usufructus ausmachen. Beim *ususfructus gregis* erfordert die Pflicht des Usufructarii, den Abgang der Heerde, nämlich die gestorbenen oder unbrauchbar gewordenen Häupter, aus dem Zuwachs zu ersetzen. Dies ist eine besondere Art, wie jene bekannte Pflicht, die dem Usufructuar obliegt, die Sache, die den Gegenstand seines Rechts ausmacht, in ihrer Integrität zu echalten und sie

---

[2]) L. 20. D. de precario.

sie nur salva substantia zu benutzen, sich in diesem besonderen Fall äußert. Eine solche Pflicht findet nicht Statt, wenn nur einzelne Häupter (eins oder mehrere, gleichviel) den Gegenstand des Usus fructus ausmachen [1]). Die universitas wird dadurch erhalten, daß einzelne Sachen an die Stelle abgegangener gesetzt werden; es bleibt dabei, wenn auch einzelne Stücke sich ändern, doch immer dieselbe Sache und dieselbe universitas. Hingegen würde, im Fall einzelne Häupter den Gegenstand des Usus fructus ausmachen, wenn diese ersetzt werden müßten, der Gegenstand des Usus fructus nicht erhalten, sondern verändert werden; der Usufructuar würde an die Stelle des untergegangenen Objects ein anderes Object setzen müssen, was er, dem nur die Pflicht der Erhaltung obliegt, zu thun nicht nöthig hat [2]).

Zum Behuf des Ersatzes ist eine eigene hierauf gerichtete Handlung erforderlich, welche im römischen Recht unter dem Namen *Submissio* vorkömmt, dem unser deutsche Ausdruck: die Einsetzung zu entsprechen scheint. Der Usufructuar muß nämlich die zum Ersatz bestimmten Häupter der Heerde zutheilen, sie unter die Heerde stellen, sie in die Heerde einsetzen. Julianus erklärt das Submittere für *dispertire et dividere et divisionem quandam facere.* Durch diese Handlung, welche sich doch schwerlich anders äusserlich darstellen kann, als durch Unterlassen, nämlich dadurch, daß

[1]) *L.* 70. §. 3. *D. de usufr.* Sed quod dicitur debere eum summittere, toties verum est, quoties gregis, vel armenti, vel equitii, id est universitatis, ususfructus legatus est: caeterum, si singulorum capitum, nihil supplebit.

[2]) *Gerhard Noodt* de usufr. lib. I. cap. 17.

er den Zuwachs nicht von der Heerde absondert, ihn nicht tödtet, nicht veräussert, werden die zum Ersatz bestimmten Häupter der Heerde einverleibt, sie werden ein Theil derselben. Zugleich wird durch sie das Eigenthum verändert. Die Jungen, welche als Früchte der Heerde dem Usufructuar gehörten, gehören von jetzt an demjenigen, dem die ganze Heerde gehört; zum Ersatz dafür fallen dem Usufructuar die abgesetzten Häupter, oder was davon noch brauchbar ist, zum Eigenthum zu [3]). Die Veränderung des Eigenthums, welche durch die Submission vor sich geht, läßt sich nicht anders

[3]) *L.* 68. §. 2. *D. de usufr.* Plane, si gregis, vel armenti sit ususfructus legatus, debebit ex agnatis gregem supplere: id est, in locum capitum defunctorum. *L.* 69. *eod.* Vel inutilium, alia summittere, ut, post substituta, fiant propria fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque, ex natura fructus, desinunt ejus esse. Nam alioquin, quod nascitur, fructuarii est: et, cum substituit, desinit ejus esse. *L.* 70. *pr. eod.* Quid ergo, si non faciat, nec suppleat? Teneri eum proprietario, Cajus Cassius scribit libro 10. juris civilis. §. 1. Interim tamen, quandiu summittantur, et suppleantur capita, quae demortua sunt, cujus sit foetus, huaeritur? Et Julianus libro 35. Digestorum scribit, pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii: si non summittantur, fructuarii: quae sententia vera est. §. 2. Secundum quae, si decesserit foetus, periculum erit fructuarii, non proprietarii, et necesse habebit alios foetus summittere. Unde Gajus Cassius libro 8. scribit, carnem foetus demortui ad fructuarium pertinere. §. 4. Item si forte eo tempore, quo foetus editi sunt, nihil fuit, quod summitti deberet: nunc et post editionem, utrum ex his, quae edentur, summittere debebit: an ex his, quae edita sunt, videndum est? Puto autem verius, ea, quae pleno grege edita sunt, ad fructuarium pertinere: sed posteriorem gregis casum nocere debere fructuario. §. 5. Summittere autem facti est et Julianus proprie dicit, dispertire, et dividere, et divisionem quandam facere, quod dominium erit sum-

erklären, als auf folgende Art. Der Usufructuar, welcher überhaupt die Sache, die den Gegenstand des Usufructus ausmacht, im Namen des Eigenthümers, als bloßer Inhaber, besitzt, indem er den übrigen Häuptern, die er gleichfalls auf diese Art besitzt, die zum Ersatz bestimmten hinzufügt, sie in die Heerde einsetzt, offenbart dadurch den Willen, daß er auch sie, die er bisher in eignem Namen besaß und wovon er in Zukunft nur den Usufructus haben will, fortan nur für den Eigenthümer besitzen wolle. Es ist also darin, wie es scheint, ein s. g. *Constitutum* (possessorium) enthalten [4]). Und aus der Natur des zwischen ihm und dem Eigenthümer bestehenden Rechtsverhältnisses ergiebt sich, daß er die abgesetzten Häupter sich zueignen und nehmen dürfe.

Sehen wir nun, wie der an einer universitas corporum bestellte Usufructus aufhört.

Der Usufructus überhaupt hört auf, wenn das Object

---

missorum proprietarii. Zu den Schlußworten von §. 5. macht Westphal (de lib. et serv. praed. §. 713. in der Note) folgende Anmerkung: Verba, *quod dominium*, hunc habent sensum: quoniam dominium submissorum transferendum est ad proprietarium.

[4]) *L. 18. pr. D. de acquirenda vel amittenda possessione.* Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere. nec enim muto mihi causam possessionis. sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio: nec idem est, possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium. *L. 28. C. de donat.* Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando, vel vendendo, usumfructum ejus renuerit: etiam si stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio: sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere.

untergeht [5]) oder in der Art umgestaltet wird, daß es in eine andere Art von Sachen übergeht. Da in der Natur nichts völlig verloren geht, sondern vielmehr, wenn auch unter anderer Gestalt, erhalten bleibt und fortdauert, und nur die Erscheinungen und Gestalten der Dinge sich verändern und wechseln — was aber freilich schon genug ist, um die wichtigsten und folgenreichsten Veränderungen hervorzubringen — so kann man auch den Untergang oder den Fall, da die Sache in ihre ersten Bestandtheile sich auflöst und diese sich zerstreuen, zur Veränderung rechnen, und diese Art, wie der Ususfructus aufhört, so allgemein ausdrücken, daß man sagt, durch die Veränderung des Objects erlischt der Ususfructus. Wirklich sagen auch die römischen Rechtsgelehrten und grade in diesem Sinn: Rei *mutatione* interire usumfructum placet. veluti ususfructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt: sine dubio exstinguitur. An et areae? Certissimum est, exustis aedibus, nec areae, nec caementorum, usumfructum deberi. Et ita et Julianus [6]). Nur ist nicht jede Veränderung dazu hinlänglich, sondern es ist eine solche gemeint, welche macht, daß es nicht mehr dieselbe Sache geblieben ist; es muß eine andere Sache, oder allenfalls müssen mehrere andere, daraus geworden

[5]) *L.* 2. *D. de usufr.* Est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.

[6]) L. 5 §. 2. D. Quibus modis ususfr. Auf ähnliche Art, wie Ulpian und Julian, drückt sich auch Paulus aus. *Recept. sententiae lib.* 3. *tit.* 8. §. 34. Rei mutatione amittitur ususfructus, si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restituatur. *Gerhard Noodt* de usufr. lib. 2. cap. 11. pr. (Opera tom. 1. p. 405.)

seyn. Daß eine Veränderung dieser Art vor sich gegangen sey, deutet die **Veränderung** des **Namens** an. Hingegen erlischt der Ususfructus nicht, so lange die Art der Sache erhalten bleibt, sollte sie auch zum Theil, selbst dem größten Theil nach, verändert werden. So erlischt z. B. der *ususfructus insulae* nicht, sollte auch nur noch ein kleiner Theil derselben übrig bleiben [7]); denn dieser kleine Theil ist auch noch *insula* [8]). Noch weniger erlischt er, wenn die Hauptsache erhalten bleibt und bloße Nebentheile untergehen [9]). Sobald nun die Sache untergegangen oder so verändert ist, daß sie als untergegangen zu betrachten ist, hört der Ususfructus dermaßen auf, daß er nicht einmal an dem, was etwa übrig geblieben, fortdauert [10]). Besser noch kann man dies so ausdrücken, daß man sagt, wenn der Ususfructus einmal erlischt, erstreckt sich das Erlöschen des Ususfructus auf die ganze Sache und alle ihre ehemaligen Bestandtheile [11]).

Auf dieselbe Art, wie der Ususfructus überhaupt, erlischt nun auch, jedoch mit Rücksicht auf ihre besondere Beschaffenheit, der *ususfructus universitatis*, namentlich *gregis*. Nämlich der Ususfructus an einer Heerde erlischt, wenn keine **Heerde** mehr vorhanden ist, d. h. wenn gar keine oder nur so wenige Häupter noch übrig sind, daß sie nicht mehr für eine Heerde gelten kann, wie aus L. 31.

---

7) *L.* 53. *D. de usufr.* Si cui insulae ususfructus legatus est, quamdiu quaelibet portio ejus insulae remanet, totius soli usumfructum retinet.

8) *Gerhard Noodt* c. l. p. 406.

9) L. 8. D. quibus modis ususfructus.

10) L. 5. §. 2. L. 30. D. quibus modis ususfructus.

11) *Gerhard Noodt* c. l.

D. quibus modis ususfr. zu ersehen [12]). Die einzelnen etwa noch übrigen Häupter sind kein Gegenstand des Ususfructus mehr.

Anders ist es, wenn die Heerde selbst, nicht der bloße Nießbrauch der Heerde, den Gegenstand des Vermächtnisses u. s. w. ausmacht, in welchem Fall selbst das eine übrig gebliebene Haupt der vermachten — wie viel mehr der verschenkten, verkauften — Heerde gefordert werden kann [13]). Worin der Grund dieses Unterschiedes bestehe, ist ungewiß. Die Rechtsgelehrten finden ihn darin, daß das Eigenthum die ganze Sache und jeden einzelnen Theil ergreift, der Gebrauch aber ein anderer ist, den die ganze Sache und den ihre einzelnen Theile zulassen. Der Testator habe nur jenen dem Usufructuar zuwenden wollen, nicht aber diesen. Er habe nur gewollt, daß der Usufructuar die Sache benutzen solle, wie sie ursprünglich war, nicht aber so, wie sie in der Folge verändert worden [14]).

---

[12]) Wie viele Häupter zu einer Heerde gehören, darüber schweigt der römische Rechtsgelehrte. Unsere Rechtsgelehrten bringen einige andere Stellen hiermit in Verbindung und sagen, zehn. L. 30. D. de usurpat. et usucap. L. 3. D. de obl. *Majansii* trig. Ictorum fragm. tom. 1. p. 256. *Westphal* de lib. et servitut. praed. §. 916.

[13]) L. 22. D. de leg. 1.

[14]) Zu diesen Rechtsgelehrten gehören *G. Noodt* de usufr. lib. 2. cap. 11. und unter Berufung auf Bachov, ohne die Stelle näher anzugeben, *Vinn.* ad §. 3. J. de usufructu nr. 6. Höpfner — einer der größten Kenner des römischen Rechts aus der neueren Zeit — scheint die Sache zweifelhaft gefunden zu haben; er führt bloß die Meinung dieser Rechtsgelehrten an, ohne ihnen beizustimmen oder selbst irgend eine Meinung zu äussern. Höpfner Com. über die Institutionen, herausgegeben von Weber §. 378. Note 3. S. 280. Wiewohl ich nun den angeführten Rechtsgelehrten nicht beistimme, so kömmt mir

Dieser Grund scheint besonders hier Beifall zu verdienen, weil ja ein großer Unterschied ist zwischen dem Usus-fructus der Heerde und einzelner Häupter, und bei der Heerde der Usufructuar verbunden ist, sie durch Submission zu erhalten, welches bei einzelnen Häuptern, wenn diese den Gegenstand des Usus fructus ausmachen, anders sich verhält. Allein, könnte man nicht ganz dasselbe sagen, wenn von der Substanz der Sache, wie wenn vom Nießbrauch, die Rede ist? Könnte man nicht sagen, nur die Heerde, nicht aber einzelne Häupter, habe der Testator dem Vermächtnißnehmer vermacht; er habe also eine Heerde, nicht aber einzelne Häupter haben sollen; jene, nicht diese habe er zu fordern; und da die Heerde nicht mehr vorhanden sey, falle das

---

doch das, was Vinnius bei dieser Gelegenheit sagt, wenigstens einiges davon, so gelegen und dient so sehr zur Bestätigung dessen, was ich früher gesagt habe, daß ich mich nicht enthalten kann, es hier aufzunehmen. — In caetero jure generaliter et indistincte receptum est, ut re mutata, qualiscunque mutatio facta sit, si quid adhuc restet, in eo jus idem, quod prius in toto constitutum erat, remaneat. Ut ecce: Insula legata combusta est, area nihilo minus vindicari potest. L. 22 D. de leg. 1. Domus pignori obligata est, sublata superficie area pignori obligata manet L. 21. D. de pign. act. L. 29. §. 2. D. de pign. Grex legatus est et postea numerus ovium in tantum decrevit, ut grex non intelligatur, tamen capita, quae supersunt, vindicari possunt. L. 22. D. de leg. I. Pecora legata mortua, tamen τα λειψανα ex legati causa debentur. L. 53. §. 5. D. de leg. junct. L. 49. D. de rei vind. L. 14. §. 2 D. de cond furt. Cur omnia contra in legato usufructu rei? — — Cum vero res ipsa aut proprietas rei legatur, nihil est in re legata, aut ex ea, quod dici possit legato non contineri. Proprietas uniusmodi est eadem totius et singularum partium: unde et toto dissoluto aut mutato, partium, quae supersunt, proprietas manet. Eademque ratio est rei nexae seu pignori obligatae etc. etc.

Vermächtniß hinweg. Der Satz, daß die Proprietät die ganze Sache und jeden einzelnen Theil ergreift, kann beim Leben des Testators nicht, kann erst bei dessen Tode in Betrachtung kommen. Denn, so lange der Testator lebt, gehört die vermachte Sache dem Vermächtnißnehmer ja noch nicht; sein Recht auf sie kann erst mit dem Tode desselben seinen Anfang nehmen und nimmt auch dann noch nicht immer sogleich seinen Anfang. Mir scheint der Grund jenes Unterschiedes darin zu liegen, daß man sich beim Ususfructus, weil dadurch das Recht eines Anderen eingeschränkt wird, strenge an den Ausdruck band. Daher erlischt der *ususfructus gregis* völlig, wenn keine Heerde mehr vorhanden, wie der *ususfructus quadrigae* völlig erlischt, wenn auch nur Ein Pferd von dem Viergespann umgekommen ist, es müßte denn der Testator noch bei seinem Leben ein anderes an die Stelle des abgegangenen gesetzt haben [15]).

## §. 16.

### Wodurch die universitas corporum Vermehrung oder Verminderung erleidet; auch wodurch sie ganz aufhört.

Die universitas corporum kann, wie wir gehört haben, Zuwachs oder Verminderung erleiden. Da die Natur nur

[15]) *L.* 10. §. 8. *D. Quibus modis ususfr.* Quadrigae usufructu legato, si unus ex equis decesserit: an extinguatur ususfructus, quaeritur? Ego puto multum interesse equorum, an quadrigae ususfructus sit legatus: nam, si equorum, supererit in residuis: si quadrigae, non remanebit: quoniam quadriga esse desiit. *L.* 11. *eod.* Nisi alius ante diem legati cedentem substitutus sit.

einzelne Sachen erzeugt und die universitas corporum durch menschliche Willkühr hervorgebracht wird, so kann sie wohl nicht durch Wirkung der Natur, sondern nur durch menschliche Handlungen Veränderungen, wenigstens auf keine andere Art Zuwachs, erleiden. Selbst wenn z. B. die Rede ist von den Jungen einer Heerde, kann man doch nicht sagen, daß diese Jungen zu der Heerde gehören, wenn der Eigenthümer nicht will, daß sie dazu gehören sollen; — wiewohl sie immer, insoferne sie Früchte sind, von dem Recht ergriffen werden, was der Eigenthümer einem Anderen an der Hauptsache etwa eingeräumt hat. — In Fällen, wo das Eigenthum beider geschieden ist, der alten Häupter und der Jungen, wie beim Usus fructus, indem jene dem Eigenthümer gehören, und diese als Früchte, nach der Absonderung, dem Usufructuar zufallen, kann dies keinen Zweifel leiden; wenigstens ist zum Behuf einer Veränderung des Eigenthums eine eigene, hierauf gerichtete, Handlung, eine Zutheilung zu der Heerde, eine Submission, beim Usus fructus, wie wir gehört haben, erforderlich.

Die Frage, ob eine universitas vermehrt oder vermindert sey, kann aber nur dann aufgeworfen werden, wenigstens nur dann für den Rechtsgelehrten von Werth seyn, wenn derjenige, der dazu berechtigt war, einem Anderen daran gewisse Rechte eingeräumt hat. Hat er, in dieser Voraussetzung, in der Folge Sachen erworben, die unter dem allgemeinen Ausdruck mit begriffen sind, so wird sich das Recht des Berechtigten erweitern und hierauf mit erstrecken. Wenn z. B. Jemand einem Anderen seine Bibliothek vermacht, wird wohl Niemand Bücher davon ausnehmen, die der Verstorbene eben erst angeschafft und noch nicht zu

den übrigen gestellt hatte; selbst die noch ungebundenen werden dazu gehören [1]).

Nur in Fällen, wo es zweifelhaft seyn kann, ob der Disponent will, daß hinzugekommene oder neu angeschaffte Sachen gleicher Art grade einen Theil der universitas und zwar derjenigen, wovon eben die Rede ist, ausmachen sollen, scheint eine eigene, auf Einverleibung gerichtete Handlung erforderlich zu seyn. Der Fall tritt wenigstens ein bei der *taberna*, namentlich der verpfändeten. Hier ist es nicht genug, daß der Verpfänder Waaren angeschafft hat, sondern, da er die *taberna* verpfändet hat, muß er sie auch in die *taberna* aufgenommen haben. Hier ist also ein *factum illationis in tabernam* erforderlich. Denn ausdrücklich heißt es in der hierher gehörigen Stelle:

> et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, *easque in eam tabernam intulerit etc.* [2]).

Durch diese Handlung, wodurch die universitas vergrößert wird, wird aber vor der Hand bloß das Recht mit dem Object erweitert; Besitz und Eigenthum bleiben unverändert. Nur in einzelnen Fällen liegt in dem facto illationis zugleich eine Veränderung von Besitz und Eigenthum, wie wir davon an der Submission, die beim ususfructus geschieht, wenigstens ein Beispiel haben.

Zum Schluß will ich bemerken, Vermehrung, wie Verminderung, kann immer nur von demjenigen ausgehen, dem die universitas gehört; es darf aber dadurch den Rechten Anderer kein Abbruch geschehen. Er kann weder durch Aufnahme einzelner Sachen in die universitas Anderen Rechte

---

[1]) L. 52. §. 5. D. de leg. 3. | [2]) L. 34. pr. D. de pign.

entziehen, die ihnen daran zustehen [3]), noch kann er durch Trennung und Absonderung von der universitas die Rechte aufheben, welche Anderen an dem Ganzen, folglich auch an dessen einzelnen Theilen, eingeräumt sind.

Was ein Dritter der universitas hinzusetzt oder davon nimmt, kann sie de jure weder vermehren noch vermindern, es müßte denn mit Einwilligung des Eigenthümers geschehen seyn.

Wenn endlich die Frage entsteht, wann man sagen könne, die universitas habe ganz aufgehört, so würde ich dafür halten, da zur universitas eine Mehrheit gehört und zwei schon eine Mehrheit ausmachen, daß die universitas — unbeschadet der Rechte, die Anderen an den zerstreuten Theilen fortwährend zustehen — aufgehört habe, wenn nur noch eine von den zur universitas ehemals vereinigten Sachen übrig ist, daß sie also fortdauere, so lange deren noch zwei beisammen sind.

---

[3]) *L.* 30. §. 2. *D. de usurpat. et usucap.* verbis: Nec si quid emptum immixtum fuerit gregi, augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt, ita ut si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur.

# III.

# Colonia partiaria.

---

December 1831.

Um diesen Contract streiten sich drei Contracte, deren jeder aus nicht zu verachtenden Gründen Ansprache an ihn macht, und jeder in großer Anzahl Wortführer und Vertheidiger hat. Diese drei sind **Pacht**, **Gesellschaft**, **unbenannter Contract**.

Unter ihnen scheint die Pacht die ersten und größten, dann auch wieder die geringsten Ansprüche zu haben.

Oder vielmehr gar keine. Denn, wie es scheint, erfordert die Pacht, was der Kauf erfordert, nämlich, daß **baares Geld** gegeben werde. Ursprünglich war aller Handel nichts als Tausch; man unterschied nicht Waare und Preis, sondern alles war Waare [1]). Als aber das Geld eingeführt ward, entstand ein neuer Contract, der den Bedürfnissen der Menschen weit besser und so sehr entsprach, daß er den Tausch fast gänzlich verdrängt hat, aus dem er hervorgegangen ist und auf den er zurückgeführt werden kann. Dies ist der Kauf, dessen Wesen darin besteht, daß nicht für die Waare eine andere Waare gegeben wird, sondern nur der Eine giebt die Waare, der Andere Geld dafür [2]). Der Kauf erfordert zu seiner

---

[1]) L. 1. pr. D. de contr. emt. | [2]) L. 1. §. 1. D. eod.

Substanz, daß für die Waare *nummi* gegeben werden, der Preis muß in baarem Gelde (*pecunia numerata*) bestehen [3]). Dem Kauf ist der Pachtcontract sehr nahe verwandt, und es finden auf beide dieselben Grundsätze Anwendung [4]). Was beim Kauf die Waare ist, ist hier der Gebrauch derselben, und der Kaufpreis heißt hier Pacht- oder Miethvergeltung. Sagen wir noch besser, der Pachtcontract sey ein Kauf, dessen Gegenstand nicht, wie bei einem gewöhnlichen Kauf, die Substanz der Sache, sondern der Gebrauch derselben ist. Bei solcher nahen Verwandtschaft der Contracte scheint es kaum zweifelhaft zu seyn, daß der Preis, der bei beiden erforderlich ist, bei beiden in baarem Gelde bestehen müsse. Dies scheint bestätigt zu werden durch das, was Justinian lehrt. Man müsse unterscheiden, lehrt Justinian, grade wie Kauf und Tausch, also auch Pacht und Tausch. Giebt, setzt er hinzu, der Eine für den Gebrauch der Sache den Gebrauch einer andern, so ist das Geschäft kein Pacht- oder Miethcontract, sondern ein unbenannter [5]).

In-

---

[3]) L. 1. §. 1. D. eod. §. 2. J. de emt. et vend.

[4]) L. 2. pr. D. Locat. Cond.

[5]) §. 2. *J. de loc. et cond.* Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emtio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam utendam sive fruendam tibi quis dederit, et invicem a te aliam rem utendam sive fruendam acceperit. Et placuit, non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus; veluti si, cum unum bovem quis haberet, et vicinus ejus unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periit, neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.

Indessen, sagen die Ausleger, sey das römische Recht beim Pachtcontract diesen Grundsätzen nicht ganz getreu geblieben; die Pachtvergeltung könne auch in Früchten bestehen, die auf dem Grundstück gewachsen sind; es könne 1) eine bestimmte Quantität von Früchten, statt baaren Geldes, versprochen werden, und dies leide keinen Zweifel; der Pächter könne sich aber auch 2) verbindlich machen, statt der Pachtvergeltung, einen Antheil an den Früchten (eine pars quota z. B. die Hälfte) dem Verpächter zukommen zu lassen. Nur dies Letztere kann eigentlich *colonia partiaria* genannt werden, wiewohl Einige Beides unter diesem Ausdruck begreifen.

Daß eine bestimmte Quantität der Früchte (eine pars quanta) als Pachtvergeltung versprochen werden könne, dies scheint in der That gegründet zu seyn. Die Lehre der Ausleger stützt sich hier auf eine Stelle des Codex, die dies deutlich zu enthalten scheint.

*L. 21. C. Loc. Cond.*

> Si olei certa ponderatione fructus anni locasti: de contractu bona fide habito, propter hoc solum, quod alter majorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.

Eingedenk der Regel, daß die Pachtvergeltung, gleich dem Kaufpreise, in baarem Gelde bestehen müsse, fanden manche Ausleger diese Stelle so auffallend, daß sie gegen deren ausdrücklichen Inhalt uns überreden wollen, hier sey kein Pachtcontract, sondern ein unbenannter geschlossen. Allein, die Stelle steht unter dem Titel, der vom Pachtcontract handelt, sie redet von einem *Contractus bonae fidei*, der hier geschlossen sey; von dieser Art ist bekanntlich der Pachtcontract, nicht aber

der unbenannte, der zu den *negotiis stricti juris* gehört, und endlich deutet auch der Ausdruck *locasti*, wovon Accursius ohne Grund lehrt, er werde hier abusive gebraucht, deutlich an, daß hier wirklich ein Pachtcontract geschlossen sey [6]). Die Stelle enthält deutlich, daß ein Grundstück zur Benutzung hingegeben war; es war zur Vergeltung kein baares Geld, sondern Oel versprochen, und doch wird hier ein Pachtcontract als vorhanden anerkannt.

Gewöhnlich hat man die Stelle benutzt, um zu beweisen, daß die Pachtvergeltung nicht nothwendig in baarem Gelde bestehen dürfe, sondern sie könne auch in Früchten bestehen, und zwar, vermöge dieser Stelle, in einem bestimmten Theil der Früchte, die auf dem Grundstücke gewachsen sind.

Dies ist einer von den unzählig vielen Fällen, da die Ausleger den Sinn der römischen Rechtsgelehrten und Gesetzgeber dadurch verfehlten, daß sie bei der Erklärung einer Stelle etwas hinzudachten, wozu in der Stelle selbst nicht die geringste Veranlassung liegt. Die Stelle, wovon hier die Rede ist, enthält kein Wort davon, daß in dem Rechtsfall, der dem Imperator vorgelegt war, statt der Pachtvergeltung, eine bestimmte Quantität der Früchte, die auf dem fruchttragenden Grundstück gewonnen werden würden, versprochen war, sondern, statt der Pachtvergeltung, war eine bestimmte Quantität — Oel versprochen. Woher der Pächter das Oel nehmen wollte, war gleichgültig, wenn der Verpächter es nur erhielte. Das Oel gehört auch nicht zu den Früchten eines Grundstücks,

---

[6]) *Struv.* syntagma ex. 24. lib. 19. tit. 2. §. 5. Note *y*.

sondern nur zu den unzählig vielen Dingen, die aus den Früchten eines Grundstücks gemacht oder gewonnen werden können. Es würde daher ganz gleichgültig seyn, wenn auch in dem Fall, worin der Imperator jenes Antwortsschreiben erließ, das fruchttragende Grundstück eine Olivenpflanzung gewesen wäre, wovon doch die Stelle selbst nichts ersehen läßt. Die Früchte einer Olivenpflanzung sind nicht Oel, sondern Oliven. Das aus den Oliven gepreßte Oel ist eine, durch die Kunst gewonnene, neue Sache, mit einem neuen Namen, eine aus Oliven in Oel verwandelte neue Species. Die Stelle beweist also nicht, was sie beweisen soll, sondern ein ganz anderer Rechtssatz liegt, wie es scheint, darin verborgen. Wir sind nämlich, vermöge dieser Stelle, genöthigt, anzunehmen, daß die Pachtvergeltung nicht nothwendig in baarem Gelde bestehen dürfe, sondern daß wenigstens auch andere fungible Sachen für die Benutzung der nicht fungiblen Sache versprochen werden können [7]). Sachen dieser Art sind so gut, wie baares Geld,

[7]) Dies behaupten auch unter Beziehung auf L. fin. C. de const. pec. L. 2. §. 1. D. de rebus credit. *Cujacius* ad tit. C. de locat. et cond. *Corasius* miscell. lib. 2. cap. 11. *Godofredus* ad L. 21. C. Loc. Cond. *Brunnemann* ad L. 21. C. de loc. et cond. *Wesembec* Comm. in Pand. h. t. §. 7. Der Letztere schreibt davon Folgendes: Pluribus placuit, nummos requiri, propterea quod Jureconsultus dicat, nisi pecunia interveniat, actionem praescriptis verbis dari. L. 1. §. 9. D. Depositi. L. 5. §. 2. D. de praescriptis verbis. Sed sciendum est, ibi pecuniam species quidem excludere, complecti tamen res, quae pondere, numero, mensura constant, ut plerumque solet, itaque verius est, locationis mercedem constitui posse vel in nummis, vel pecunia, vel partibus. Nummis, ut fit plerumque: pecunia, ut si quis certum frumenti aut olei numerum polliceatur loco mercedis; partibus, cum colonus in vicem mer-

da man sie selbst täglich nöthig hat und sie doch würde kaufen müssen, oder, wenn dies nicht ist, man sie doch leicht an Andere absetzen und in Geld verwandeln kann. Es kann dies mit dem, was Justinian lehrt, sehr wohl bestehen. Denn der Kaiser sagt nicht ausdrücklich, daß die Pachtvergeltung nur in baarem Gelde bestehen könne; er beschränkt sich darauf, zu lehren, daß für die Benutzung der einen Sache nicht die Benutzung der andern gegeben werden könne, oder vielmehr, daß ein solcher Contract kein Pachtcontract sey. Damit ist es nun vereinbarlich, daß für die Benutzung der einen Sache die Substanz einer andern zur Vergeltung gegeben werden kann. Dies geschieht auch, wenn Geld gegeben wird, und fungible Sachen vertreten in dieser Sphäre die Stelle des Geldes.

Ich verlasse einstweilen diese Materie, um mich zu der eigentlich so zu nennenden colonia partiaria zu wenden. Wenn Jemand dem Andern ein Grundstück zur Benutzung hingiebt, so kann er sich für den Fruchtgenuß einen Antheil an den Früchten, die dem Grundstück abgewonnen sind, versprechen lassen; dies versteht sich; es fragt sich nur, ob dies Geschäft ein Pachtcontract, oder ein Gesellschaftscontract oder ein unbenannter Contract sey. Die einzige Stelle, die davon handelt, erwähnt der ganzen Sache bloß beiläufig.

*L.* 25. §. 6. *D. Loc. Cond.*

> Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.

---

cedis, partem fructuum tertiam aut dimidiam forte promittit, qui colonus partiarius appellatur: quod tamen genus conventionis volunt Doctores in contractum innominatum incidere.

Daß hier wirklich ein Pachtcontract geschlossen sey, ergiebt schon die Benennung. Da das Geschäft colonia genannt wird, so muß es auch wohl *colonia* seyn. Hingegen ist mit keiner Sylbe angedeutet, daß es ein Societätscontract oder ein unbenannter sey. Es wird sogar nicht undeutlich gesagt, es sey kein Societätscontract. Denn es heißt ja: alioquin partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. Das Geschäft hat nur einige Aehnlichkeit mit dem Societätscontract und zwar nur in diesem einen Stücke.

Wenn dem Verpächter, statt der Pachtvergeltung, ein Antheil an den Früchten zu Theil werden soll, so liegt es in der Natur der Sache, daß alles, was die Früchte vermehrt oder vermindert, ihm zum Vortheil oder Schaden gereicht; er nimmt mit den Pächter, als wären sie in Gesellschaft, am Gewinn, wie am Verlust, Theil; dies versteht sich von selbst; deshalb ist es aber keine Societas; es ist nur in diesem einen Punkt, nämlich in Hinsicht auf die Früchte, eben so wie bei der Societas, und auch dieses beruht nicht auf besonderer Verabredung, sondern fließt aus der Natur der Sache und versteht sich so ganz von selbst, daß es an und für sich eine höchst unbedeutende Bemerkung ist, durch welche die Rechtsgelehrten in so große Unruhe gesetzt sind. Im Grunde verdient sie nicht die geringste Aufmerksamkeit, und wir lernen aus dieser Stelle bloß soviel, daß die Pachtvergeltung, ohne das Wesen des Geschäfts zu verändern, auch in einem Antheil an den Früchten bestehen könne.

Auf solche Art hätten wir aber drei Dinge kennen gelernt, worin die Pachtvergeltung bestehen kann, nämlich Geld, fungible Sachen, und Früchte des ver-

pachteten Grundstücks. Denn, da ein bloßer Antheil an den Früchten als Pachtvergeltung, so kann es keinen Zweifel leiden, daß auch eine bestimmte Quantität von Früchten als solche versprochen werden kann; wenn gleich dieser Satz durch jene Stelle des Codex nicht bewiesen wird, so ist er deshalb nicht unrichtig, vielmehr beweis't die Pandectenstelle, die von der Colonia partiaria handelt, ihn mit. Ausserdem ist er in einer andern Stelle des Codex, die man nicht dafür anzuführen pflegt — L. 8. C. de locat. et cond. — deutlich enthalten [8]).

---

[8]) *L. 8. C. de locat. et cond.* Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris etc. etc. Es kann ohne Zweifel auch bedungen werden, daß theils Geld, theils Früchte, als Pachtvergeltung, erlegt werden sollen. Von diesem Fall ist derjenige noch zu unterscheiden, wovon in folgender Stelle die Rede ist. *L. 19. §. 3. D. Loc. Cond.* Si dominus exceperit in locatione, ut frumenti certum modum certo pretio acciperet, et dominus nolit frumentum accipere, neque pecuniam ex mercede deducere, potest quidem totam summam ex locato petere, sed utique consequens est existimare, officio judicis hoc convenire, haberi rationem, quanti conductoris intererat, in frumento potius, quam in pecunia solvere pensionis exceptam portionem. Simili modo et si ex conducto agatur, idem erit dicendum. Westphal vom Kauf §. 896 erklärt dies Alles für Subtilität und leugnet die heutige Anwendbarkeit. Mir will es scheinen, als sey Alles in der Ordnung. Man muß sich den Fall folgendermaaßen vorstellen. Es hat Jemand ein Grundstück verpachtet, die bedungene Pachtvergeltung besteht, wie gewöhnlich in Gelde, bloß in Gelde. Es ist aber nebenher verabredet, der Verpächter solle ein gewisses Maaß Getraide zu einem gewissen Preise annehmen; der Pächter ist sodann auch bereit gewesen, das Getraide abzuliefern, aber der Verpächter hat die Annahme verweigert. Jetzt entsteht die Frage: kann der Verpächter, ungeachtet dieser Weigerung, das volle Pachtgeld einklagen? Der Rechtsge-

Allein, wenn man annimmt, daß die Pachtvergeltung in jenen drei Stücken bestehen könne, so wird zugleich mit

---

lehrte bejaht diese Frage und mit Recht. Ich wüßte wenigstens nicht, wie die Entscheidung anders hätte lauten können. Der Verpächter kann das volle Pachtgeld einklagen, weil er nichts darauf erhalten hat. Er hat keine Waare empfangen, deren Kaufpreis von dem Pachtgelde abzurechnen wäre. Der Pächter, der sein Getraide behalten hat, kann ihm den Preis nicht in Abrechnung bringen, sondern nur Vergütung dafür fordern, daß er nicht einen Theil der Pacht, statt in Gelde, in Getraide bezahlen durfte. Dies Id quod interest muß der Richter berücksichtigen, mag nun der Verpächter klagen, oder vom Pächter auf dies Id quod interest — wie die Glosse lehrt — verklagt werden. Man wird sagen, dem Verpächter habe bloß eine Klage auf Geld und Früchte beigelegt werden sollen, nämlich auf soviel Geld, als, nach Abzug des Preises der Früchte, übrig bleibt; aber dies ist in dem Vertrage nicht angemessen, denn darin hatte der Pächter sich verbindlich gemacht, nicht, die Pacht theils in Gelde, theils in Früchten, sondern die volle Pacht in Gelde zu erlegen; der Verpächter aber hatte sich verbindlich gemacht, eine gewisse Quantität Getraide zu einem gewissen Preise anzunehmen. Da er kein Getraide erhalten hatte und also auf das Pachtgeld nichts abzurechnen war, was sollte ihn hindern, das volle ihm versprochene Pachtgeld einzuklagen? Doch wohl nicht der Umstand, daß er das Getraide erhalten haben würde, wenn er es hätte annehmen wollen, und es nur an ihm lag, daß er es nicht erhielt? Selbst, wenn der Pächter sich verbindlich gemacht hätte, die Pacht theils in Gelde, theils in Früchten zu erlegen, konnte ihm dieser Umstand nicht zu Statten kommen, da bekanntlich die bloße mora creditoris den Schuldner von seiner Verbindlichkeit noch nicht befreiet, sondern ihn bloß berechtigt, durch Niederlegung des schuldigen Objects bei Gericht, sich davon frei zu machen. L. 19. C. de usuris. — Man schelte übrigens so feine scharfe Unterscheidungen, wie jene über den Inhalt des Vertrags im vorliegenden Fall, nicht Subtilitä-

der Einheit des Preises diejenige des Rechtsgrundsatzes, die so wünschenswerth ist, vermißt, und man sieht den Grund nicht, woher nur diese drei Stücke, warum nicht alle übrigen, als Pachtvergeltung zulässig seyn sollten. Es läßt sich nicht glauben, daß in einer Materie dieser Art Willkühr obgewaltet habe, es muß vielmehr ein gemeinschaftlicher Grund vorhanden seyn, der jene heterogenen Dinge zusammenhält, und welcher könnte das wohl seyn?

Die Sache wird auf einmal klar und das Räthsel lös't sich auf die einfachste Art, wenn wir die Idee, daß die Pachtvergeltung, gleich dem Kaufpreise, in Gelde und in baaren Gelde bestehen müsse, gänzlich fahren lassen. Wenn der Eine dem Andern eine Sache zum Gebrauch überläßt, so besteht die Vergeltung gewöhnlich in Gelde; sie kann aber auch in einer andern Sache bestehen, und dies ist der Grund, weshalb sie, ausser dem Gelde, auch in Oel und in Früchten bestehen kann. Der gemeinschaftliche Grund beschränkt sich also nicht auf die genannten drei Stücke, und es ist bloß zufällig, wenn, ausser dem Gelde, bloß Beispiele vorkommen, da, statt des Geldes, Oel und Früchte zur Vergeltung versprochen waren [9]).

---

ten. Sie gehören doch im Ganzen zu einer guten Rechtspflege; ja sie machen den Gipfel derselben aus. Denn darin liegt gerade die allerstrengste Gerechtigkeit verborgen und der stärkste Gegensatz gegen alles Schwanken in der Rechtspflege.

[9]) Zwar lehrt Marcilius, die certa olei ponderatio deute hier an *oleum aestimatum* und die res aestimata vertrete die Stelle des baaren Geldes, aber wie willkührlich dies sey, darf nicht erst bemerkt werden. Und wo bleiben dann die Früchte? S. *Marcilius* apud J. a Costae Com. ad §. 2. I. de locat. et cond. Man sieht zugleich aus dieser Stelle, daß schon unter den Alten viele der Mei-

Im römischen Recht wird nirgends ausdrücklich gesagt, daß eine Sache nur um baares Geld verpachtet werden könne. Da, wo Gelegenheit war, diese Frage zu entscheiden, wird sie mit Stillschweigen übergangen. Justinian beschränkt sich darauf, zu lehren, daß der Gebrauch nicht durch den Gebrauch vergolten werden könne, oder vielmehr, daß es kein Pachtcontract sey, wenn der Gebrauch durch den Gebrauch vergolten werden soll. Man kann hiernach annehmen, wenn der Eine dem Andern eine Sache zum Gebrauch überläßt, so könne der Andre zur Vergeltung eine Sache, nur nicht den blossen Gebrauch einer Sache, geben und es sey doch ein Pachtcontract. Eine Bestätigung scheint dies schon in den Rechtsgrundsätzen zu finden, die von den Zinsen gelten. Bekanntlich sind die Zinsen und die Pachtvergeltung mit einander nahe verwandt. Jene werden für den Gebrauch fungibler, diese für die Benutzung nicht fungibler Sachen erlegt. Nun brauchen aber die Zinsen einer Geldschuld nicht nothwendig in Gelde, sondern

---

nung waren, die merces könne nicht bloß in fungibeln Sachen, sondern auch *in re quavis alia* bestehen. Indessen können Zwei sich wechselseitig ihre Grundstücke in der Art verpachten, daß die Pachtvergeltung für Jeden darin besteht, daß er dem Andern keine zu erlegen nöthig haben, daß Pacht gegen Pacht aufgehen soll — ut fructus mercedis nomine pensarentur L. 35. §. 1. D. Loc. Cond. Hier, wird man sagen, hier ist gewiß eine Subtilität! Es soll kein Pachtcontract seyn, wenn Gebrauch durch Gebrauch vergolten wird, und das soll doch ein Pachtcontract seyn, wenn Pacht gegen Pacht aufgehen soll. Zwischen beiden Fällen scheint kein Unterschied zu seyn, als in den Worten. Indessen kömmt im letztern Fall der Wille der Contrahenten in Betrachtung, die nun grade einen Pachtcontract schliessen wollten.

sie können, nach besonderer Vereinbarung, auch *in alia re* bestehen [10]); also könnte es sich mit der Pachtvergeltung wohl eben so verhalten. Zwei Gründe sind es, die für das Gegentheil streiten. Der erste ist, daß die Regeln, die vom Kauf gelten, auch auf den Pachtcontract anwendbar sind und der Kaufpreis nur in baarem Gelde bestehen kann. Der zweite, daß Paulus lehrt, es sey locatio, wenn Geld gegeben wird, *ut facias*, hingegen ein unbenannter Contract, wenn zu diesem Zweck eine Sache [11]). Auf der andern Seite kommen aber jene beiden Stellen in Betrachtung, welche deutlich enthalten, daß an Stelle der Pachtvergeltung auch Oel und Früchte versprochen werden können, ohne daß deshalb das Wesen des Contracts verändert würde. Es bleibt ein Pachtcontract, obgleich Oel oder Früchte, also kein baares Geld, versprochen ist. Es giebt ausser dem *colonus, qui ad pecuniam numeratam conduxit*, einen andern, namentlich einen *colonus partiarius*, welcher *quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur*. Beide werden einander entgegengesetzt [12]). In Folge dessen sind wir schlechterdings

---

[10]) L. 16. L. 17. C. de usuris.

[11]) *L.* 5. §. 2. *D. de praescr. verb.* At cum do, ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emtio; si res, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quodsi tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, quum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit, et tantum temporis consumtum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi. Quod his, quae diximus, convenit.

[12]) L. 25. §. 6. D. Loc. Cond.

genöthigt, anzunehmen, wenn anders die Regeln, wornach alle übrigen Menschen denken, auch für die Rechtsgelehrten gültig sind, daß baares Geld — nicht wesentlich sey. Nur ein pretium, eine *merces*, gehört nothwendig zur Locatio-Conductio [13]; sie braucht aber bei der Locatio-Conductio rerum nicht nothwendig in *pecunia numerata* zu bestehen. Die Stellen, wornach pecunia zur Locatio-Conductio gehört, reden von der Locatio-Conductio operarum [14]. Bei der Locatio-Conductio rerum kann die merces auch, gleich den Zinsen einer Geldschuld, *in alia re* bestehen, sie kann in Oel und Früchten, und, wenn die Früchte hier bloß als res fungibiles in Betrachtung kommen, wenigstens überhaupt in fungibeln Sachen bestehen. In andern Sachen wird es wohl überhaupt Niemanden einfallen, die Pachtvergeltung zu versprechen oder sich versprechen zu lassen; nur fungible Sachen schicken sich zur Stellvertretung des baaren Geldes, wenn auch andre nicht gerade ausgeschlossen sind. Es hätte ja den Contrahenten immer frei gestanden, die bedungene Geldleistung in der Folge in andre Sachen zu verwandeln; was konnte den

---

[13]) *L.* 23. *D. Com. dividundo.* Si convenerit inter te et socium tuum ut alternis annis fructum perciperetis, et non patiatur te socius tui anni fructum percipere, videndum utrum ex conducto sit actio, an vero communi dividundo? Eadem quaestio est, et si socius, qui convenerat, ut alternis annis frueretur, pecus immisit et effecit, ut futuri anni fructus, quos socium percipere oportuit, corrumperentur. Et puto magis communi dividundo judicium quam ex conducto locum habere (quae enim locatio est, quum merces non intercesserit?), aut certe actionem incerti civilem reddendam. — L. 35. §. 1. D. Loc. Cond.

[14]) L. 1. §. 9. D. Depositi; L. 5. §. 2. D. praescript. verbis.

Pächter hindern, wenn der Verpächter damit zufrieden war, für das Pachtgeld andre Sachen an Zahlungsstatt hinzugeben. Oder, was den Verpächter, sie anzunehmen? Man kann daher die Sache von dieser Seite betrachten. Wenn nicht baares Geld, sondern andre Sachen, als Pachtvergeltung, versprochen sind, so besteht die merces in dem Werth dieser Sachen, in dem Kaufpreise derselben, und es ist dabei dem Pächter gleich Anfangs die Erlaubniß zur datio in solutum gegeben, ja es ist ihm die Pflicht dazu aufgelegt. Er soll, statt der Summe des Werths der Sachen, die Sachen selber geben dürfen und geben müssen. Immer kömmt es darauf zurück, daß baares Geld hier nicht wesentlich sey.

Selbst beim Verkauf scheinen diese Grundsätze zu gelten. Wesentlich ist nur die Preisbestimmung, oder, daß die Sache zu einem gewissen Preise angeschlagen wird, wofür der Käufer sie haben soll [15]). Es scheint nicht schlechterdings nothwendig zu seyn, daß baares Geld gegeben werden soll. Der Preis kann auch in etwas anderem bestehen, z. B. in dem, was der Käufer zu fordern hat, oder haben

---

[15]) §. 1. *J. de emt.* Pretium autem constitui oportet. Nam nulla emtio sine pretio esse potest. *L.* 72. *D. de contrah. emt.* Emtionis substantia consistit ex pretio. *L.* 2. §. 1. *D. eod.* Sine pretio nulla venditio est. Non autem pretii numeratio sed conventio perficit sine scriptis habitam emtionem. *L.* 9. *C. eod.* Emti fides ac venditi sine quantitate nulla est. — *L.* 10. §. 5. *D. de jure dot.* — aestimatio venditio est. — Weil der Preis wesentlich ist, so bewirkt der bloße Umstand, daß der Preis in der Folge verändert, nämlich vermehrt oder vermindert wird, daß der vorige Handel aufgehoben und mit dem neuen Preise ein neuer Handel geschlossen ist; obgleich alles Uebrige unverändert geblieben ist. L. 72. D. de contr. emt.

wird [16]). Zwar stellt das römische Recht die Regel auf, es müsse der Kaufpreis in baarem Gelde bestehen. Indessen dies geschieht doch nur, um den Gegensatz gegen den Tausch auszudrücken. Es kann die Waare nicht durch eine andre Waare aufgewogen werden, wenn es Kauf seyn soll. Selbst das Geld ist ausgeschlossen, wenn es nicht in quantitate, sondern als corpus in Betrachtung kömmt; wenn es nicht den Maaßstab abgeben soll, wornach der Werth der Sache geschätzt, sondern nur als Waare gegen Waare vertauscht wird. Es kann auch, vermöge einer Stelle des Codex, der ersten, die unter dem Titel de rerum permutatione steht, wie es scheint, bedungen werden, daß eine Sache die Stelle des Preises vertreten soll [17]). Zwar heißt es an einer andern Stelle, unter eben diesem Titel, daß ein Kauf nicht durch bloße Sachen geschehen könne, und daß es vielmehr ein Tausch sey, wenn Sachen für Sachen gegeben werden [18]). Allein, jene zuerst erwähnte Stelle zeigt deutlich, daß es doch noch mehr auf die Absicht der Contrahenten ankommt. Wenn dem Eigenthümer die Sache feil ist, wenn er sie verkaufen will, und der andre, statt des Preises, eine Sache giebt, selbst eine ungeschätzte, so ist es entschieden kein Tausch — eben daher fand das Schreiben des Imperators hier seinen Platz — das

---

[16]) Mev. Dec. P. 5. dec. 327.

[17]) *Mev.* c. l.

[18]) *L. 7. C. de rer. permutatione.* Emtionem rebus fieri non posse, pridem placuit. Igitur cum frumenti certam modiationem Callimacho et Acamato te dedisse, ut tibi repraesentent olei designatum pondus, adseveres: si placitis citra stipulationis solennitatem non exhibeant fidem, quantum dedisti, causa non secuta condicere pro desiderio tuo potes.

Geschäft neigt sich vielmehr zum Kauf hin; es ist ein Kauf, oder vielmehr ein Analogon desselben; denn es findet wegen der Gewährsleistung eine actio ad exemplum actionis ex emto auf Id quod interest Statt [19]). Es liegt darin eine Hinneigung zu den Grundsätzen des Sabinus und Cassius; diese lehrten, unter Berufung auf einige Stellen des Homer, man könne auch Waaren mit Waaren erkaufen — permutatione rerum emtionem et venditionem contrahi —; allein die entgegenstehende Meinung des Nerva und Proculus trug den Sieg davon; nicht nur Justinian gab ihr den Vorzug, sondern wie er sagt, auch schon seine Vorgänger gaben ihn [20]). Hat Justinian Stellen, wie diese und die zuvor angeführten, vom Pachtcontract handelnden, in seine Gesetzsammlung aufgenommen, so können bloße Lehrsätze nichts verschlagen, die etwas Entgegenstehendes enthalten; sie sind vielmehr, in ihrer Allgemeinheit, durch die That selbst umgestoßen, wenigstens bedürfen sie einiger Einschränkung. Am Ende dürfte sich dies Resultat ergeben, daß nur der Preis beim Pachtcontract, wie beim Kauf, wesentlich ist, daß aber die Bestimmung, daß er in baarem Gelde bestehen müsse,

---

[19]) *L. 1. C. eod.* Si, cum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nomine (licet non taxata quantitate) aliam possessionem dedit, idque, quod comparavit, non injuria judicis, nec patris tui culpa evictum est: ad exemplum ex emto actionis non immerito id, quod tua interest, si in patris jura successisti, consequi desideras. At enim si cum venabilis possessio non esset, permutatio facta est, idque quod ab adversario praestitutum est, evictum est: quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis.

[20]) L. 1. §. 1. D. de contrahenda emt. §. 2. J. de emt. et venditione.

dem Willen der Contrahenten, wie er sich durch ausdrückliche Erklärung oder die Beschaffenheit des Geschäfts ergiebt, weichen müsse, und zwar in so weit, daß selbst, wenn Sachen für Sachen gegeben werden, gegen die sonstigen Rechtsgrundsätze, das Geschäft nicht als Tausch anzusehen, sondern nach der Natur des Kaufs zu beurtheilen ist, wenn die Absicht der Contrahenten gewesen, einen Kauf zu schließen, und daß die eine Sache, welche für die andere gegeben wird, die Stelle des Preises vertreten soll, wiewohl sie zu diesem Ende nicht einmal geschätzt oder zu einem gewissen Preise angeschlagen ist.

Kann nun die Pachtvergeltung in andern Sachen, wenigstens in fungibeln, und kann sie namentlich in Früchten bestehen, so ist kaum zu begreifen, wie die Rechtsgelehrten, noch dazu gegen den ausdrücklichen Inhalt der angeführten Pandectenstelle, so geradezu behaupten konnten, wenn Früchte und namentlich eine pars quota der Früchte, als Pachtvergeltung, versprochen würden, sey es nicht, was es nach dem Ausspruch des römischen Rechtsgelehrten ist, nämlich colonia, sondern ein unbenannter Contract do, ut facias — oder vielmehr do, ut facias et des — oder ein Societätscontract.

Es ist aber sehr wohl zu merken, der römische Rechtsgelehrte sagt nicht, daß gerade in allen Fällen, da dem Eigenthümer des Grundstücks eine pars quota der Früchte zu Theil werden soll, eine colonia vorhanden sey; wir sehen nur, daß eine colonia in der Art möglich ist, daß der Eigenthümer des Grundstücks einen Antheil an den Früchten erhält; damit sie wirklich werde, dürfen wir mit dem größten Recht voraussetzen, wenn die Merkmale eines Pachtcontracts vorhanden sind. Der Eine muß sich verbindlich machen, dem Andern ein Grundstück zur

Benutzung zu überlassen, und der Andere muß dagegen versprechen, Jenem, als Pachtvergeltung, Früchte, und zwar hier eine pars quota der Früchte, zu geben.

Es sind hier nämlich alle Materialien vorhanden, woraus auch ein Societätscontract aufgebauet werden kann. Der Eine trägt eine Sache bei, der Andere Arbeit; die letztere soll auf die erstere verwandt werden. Durch die Bemühung des Andern hervorgelockt, soll die Sache Früchte tragen, Beiden soll sie diese Früchte tragen; denn diese Früchte sollen unter sie zu gewissen Theilen getheilt werden. Hier ist nicht immer eine Societät geschlossen, hier kann aber eine geschlossen werden.

Daß ich es kurz sage, es ist in einzelnen Fällen quaestio facti, welches Geschäft geschlossen ist. Hat der Eine dem Andern als Pachtvergeltung einen Theil der Früchte geben sollen, — oder, haben sie sich *animo contrahendae societatis* vereinigt, ging ihre Absicht dahin, eine Gemeinschaft zu stiften, haben die Früchte, die sie der Sache abgewinnen würden, ihnen in Gemeinschaft gehören sollen, so ist in jenem Fall ein Pachtcontract, in diesem eine Societas geschlossen [21]).

In

---

[21]) L. 31. L. 32. L. 37. L. 38. D. pro Socio, L. 44. eod. L. 13. D. de praescript. verb. Auf dem rechten Wege war hier auch schon Cujacius. Er bemerkt unter andern: *Locatio est, si animus contrahendae locationis fuit. Cujacius* ad Africanum, id est ad L. 35. D. Loc. *Idem* ad L. 5. C. Loc. Imgleichen *Osius Aurelius* de variant. Cujac. interpretatione dispunctio 24 (*Otto* thes. tom. 3. p. 755.) Cujacius, von Merillius angegriffen, findet hier einen Vertheidiger und Rächer. Von der Colonia partiaria bemerkt er: Ergo cum partiario colono locatio conductio contracta videri potest, si hoc actum est; sin contra actum est, ut fructuum societas contraheretur.

In keinem Fall ist hier ein gemischtes Geschäft, nämlich ein aus Pachtcontract und Societät gemischtes, vor-

---

societas dicenda est. Auf ähnliche Art ist auch eine andre Stelle mit einer andern zu vereinigen. Nämlich L. 8. C. de pactis mit L. 52. §. 2 et 3. D. Pro Socio. Die Stellen lauten folgendermaßen: *L. 8. C. de pactis:* Si pascenda pecora partiaria (id est, ut foetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur) Apollinarem suscepisse probabitur: Fidem pacto praestare per judicem compelletur. Einige sagen, das Geschäft, was hier geschlossen war, sey Societät gewesen, Andre Miethvertrag, noch Andre unbenannter Contract. Für das Letzte scheint schon der Umstand zu sprechen, daß die Stelle nicht unter den Titeln steht, die von den zuerst erwähnten Geschäften handeln, sondern unter dem Titel: „de pactis.“ *L. 52. § 2. D. pro Socio.* Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam praestare socium oporteat? quaeritur. Et Celsus scripsit, socios inter se dolum et culpam praestare oportere. Si in coëunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est; pretium enim operae artis est velamentum. Quodsi rei communi socius nocuit, magis admittit, culpam quoque venire. §. 3. Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non coguntur praestare; ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa accideret ejus, qui aestimatum pecus acceperit: Quodsi a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. Haec vera sunt et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt, quamvis aestimata. — Nämlich, es ist unbenannter Contract, wenn dem Hirten für seine Bemühung, statt der Vergeltung, ein Antheil an den Früchten versprochen ist; hingegen ist es Societät, wenn der *animus contrahendae societatis* vorhanden war, wenn, während der Eine die Sache — die Heerde — der Andre die Arbeit — die Hütung der Heerde — beitrug, ihre Mei-

handen. Ein solches würde doch zu dem einen oder dem andern, was in ihm das vorherrschende wäre, gerechnet werden, oder auch ein drittes und eigenes ausmachen müssen. Es ist vielmehr entweder ein Pachtcontract oder ein Societätscontract, in allen Fällen ein reiner geschlossen. Dies letztere wird grade bei uns der Fall seyn.

Wenn bei uns ein Grundstück auf den halben Ertrag zum Bebauen hingegeben wird, so frägt es sich, was hier für ein Geschäft geschlossen sey. So wie das Geschäft bei uns vorkömmt, da der Eine das Land hergiebt, der Andre die Arbeit, Beide, auch ohne besondere Verabredung, den Dünger und Beide die Saat zusammenbringen, und, nach der Erndte, sie sich theilen in die Garben auf dem Felde oder in das ausgedroschene Getreide und das Stroh in der Scheune — welches Beides auf Eins hinauskömmt, da die Drescher mit einem Antheile des Getreides bezahlt werden — scheint das Geschäft von der colonia partiaria verschieden, und, da es alle Merkmale einer Societät an sich hat, Societät zu seyn. Wäre es Pacht, so würde der Pächter die Saat und den Dünger allein hergeben müssen, und es könnte von keiner Theilung der Früchte, sondern nur vom Hingeben seines Antheils an den Verpächter die Rede seyn.

Auch nach römischem Recht ist es Societät, wenn der Eigenthümer sein Grundstück einem Andern, der es bebauen soll — einem *politor* — hingiebt, wenn dies in der Absicht geschieht, daß sie in Gemeinschaft Früchte gewinnen wollen.

---

nung dahin ging, daß die Jungen (also die Früchte, welche durch diese Vereinigung von Sachen und Arbeit zuwege gebracht würden) ihnen in Gemeinschaft gehören sollten. —

*L. 52. §. 2. D. Pro socio.*

Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam praestare socium oporteat? quaeritur. Et Celsus libro septimo Digestorum scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportere. Si in coëunda societate, ait, artem operamve pollicitus est alter; veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est; pretium enim operae artis est velamentum. Quodsi rei communi socius nocuit, magis admittit, culpam quoque venire.

Für Societät wird es im Zweifel und so lange zu halten seyn, bis bewiesen wird, daß die Contrahenten nicht Socii seyn wollten, sondern, daß der Eigenthümer das Grundstück dem Andern zur Benutzung hingegeben, der sich dagegen verbindlich gemacht, ihm die Hälfte des Ertrags, als Pachtvergeltung, zu erlegen.

Es ist etwas ganz Unnatürliches und Gezwungenes, wenn ein Geschäft zum Pachtcontract gerechnet wird, was von der Art ist, daß dem Grundherrn ein Antheil an den Früchten zu Theil werden soll; und eben daher führt es auf Folgerungen, die höchst unpassend sind. Gesetzt z. B., der Pächter hätte sich die Früchte allein zugeeignet, wie will er die Größe seines Antheils erweisen? Als Socius hätte er vom Socius fordern können, daß er Rechnung ablege; kann dies auch der Verpächter vom Pächter? Als Socius kann er ferner von dem Socius fordern, daß er seinen Beitrag, also hier die versprochene Arbeit, leiste und, wenn es nicht geschehen, daß er ihn dafür entschädige. Aber kann auch der Verpächter von dem Pächter fordern und gegen ihn dar-

auf klagen, daß er der Sache Früchte abgewinne? Und was wird ihm in diesem Fall, wo er auf einen Antheil an den gewonnenen Früchten angewiesen ist, wenn er es nicht kann, was wird ihm für den entbehrten Selbstgenuß, wenn der Pächter unterlassen hat, was er zu thun berechtigt und nicht schuldig ist? Nichts.

Man sieht zugleich an diesem Beispiel, wie wichtig es auch für den Gebrauch im gemeinen Leben ist, wenn jedes Geschäft an seinen Ort gestellt, jedes in das rechte Fach gebracht wird. Nicht bloß die Schule und die Gelehrten geht die Frage an, welche hier erörtert ward und jetzt beendigt ist.

---

# IV.

# Von Klagen und Einreden.

---

Februar 1832.

# I.

# Von Klagen.

## a) Ist die Klage ein Recht oder ein Mittel?

Celsus erklärt die Klage für ein Recht. Und zwar sey es ein Recht, dasjenige, was uns gebührt, bei Gericht zu verfolgen.

> Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi [1]).

Justinian wiederholt dies mit etwas anders gestellten, doch sonst fast mit denselben Worten:

> Actio nihil aliud est, quam jus, persequendi in judicio, quod sibi debetur [2]).

Es ist hier aber von Klagen überhaupt die Rede. Zwar im engern Sinn bedeutet *actio* eine persönliche Klage; ihr steht entgegen *petitio*, d. h. die dingliche Klage; in weiterer Bedeutung begreift der Ausdruck *actio* Klagen jeder Art

[1]) L. 51. D. de obl. et act. | [2]) Princ. J. de act.

unter sich [3]). In dieser weitern Bedeutung wird der Ausdruck hier gebraucht, wie schon daraus erhellet, daß Justinian auf jenen Begriff der *actio* die Eintheilung der Klagen in persönliche und dingliche folgen läßt.

Unter dem *jus, quod sibi debetur, judicio persequendi*, ist, den Rechtsgelehrten zufolge, zu verstehen, was an andern Stellen [4]) die *facultas agendi* genannt wird, oder, die durch das Gesetz gegebene Macht, zu klagen, also mit Einem Wort, das Klagerecht. Indessen sind nicht alle über diese Erklärung einverstanden. Accursius nahm an, der Ausdruck *jus* werde hier bloß gebraucht zur Unterscheidung der Klagen von körperlichen Sachen oder auch zur Unterscheidung vom Amt des Richters, welches an die

---

[3]) L. 25. D. de obl. et act. *L.* 28. *D. eod.* Actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio in rem vel in personam rei persequendae gratia. — *L.* 178. §. 2. *D. de verb. signif.* Actionis verbum et speciale est et generale; nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio. Sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. Persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii executionem. §. 3. Hoc verbum: debuit, omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuerit persecutio. — *L.* 37. *D. de obl. et act.* Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praejudicium, sicut ait Pomponius, stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum, et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur. §. 1. Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi.

[4]) z. B. L. 1. D. de eo, quod certo loco. L. 6. §. ult. D. de negotiis gestis.

Stelle der fehlenden Klage tritt. Andre gaben wieder andre Erklärungen. Cujacius [5]) und mit ihm Hotomannus [6]) u. a. m. erklärten die *actio* für die Klageformel, die zu den Zeiten des Celsus, der unter Trajan und Hadrian lebte, noch in vollem Gebrauch gewesen sey. Auch Charondas verwirft die gewöhnliche Erklärung; er wisse besser, was unter *jus* hier zu verstehen sey, als die Ausleger; *jus* werde hier in dem Sinn gebraucht, wie z. B. jus cognotionis [7]). Diese verschiedenen Erklärungen haben, wenigstens zum Theil, schon Andre zu widerlegen gesucht [8]). Die gewöhnliche Erklärung scheint den Worten, deren sich Celsus und Justinian bedienen, am angemessensten zu seyn.

Hiernach müßte man, wie es scheint, zweierlei Recht unterscheiden, das Recht selbst und die Befugniß, es bei Gericht geltend zu machen. Das Letztere, sagen die Rechtsgelehrten, sey mit dem Erstern verbunden; es entspringe aus dem Erstern; sie nennen daher das Recht die Mutter der Klage. *Obligatio*, sagen sie, *est mater obligationum* — wobei sie das Wort: *Obligatio* in einem weitern Sinn nahmen, als der römische Ausdruck gewöhnlich bezeichnet. — In omni judicio, bemerkt G. L. Böhmer [9]) duplex jus intelligitur, alterum, quod persequimur, alterum, virtute cujus illud in judicio persequimur. Ultimum actio vocatur, quippe quae definiente Celso et Justiniano, nihil aliud est, quam jus persequendi in ju-

---

[5]) notae ad princ. J. de act.

[6]) ad pr. J. de act.

[7]) *Charondas* verisimilium lib. 3. cap. 1. (*Otto* thesaurus tom. 1. p. 767.)

[8]) *Vinn.* ad princ. J de act. nr. 2. *Vianen* de concursu act. cap. 1. §. 2. *Suendendörfer* de actionibus cap. 1. §. 6.

[9]) Princ. jur. canon. §. 669.

dicio, quod sibi debetur. Von Klagen in diesem Sinn bemerken sie, sie gehörten zu den unkörperlichen Sachen, deren die Alten überhaupt drei Arten aufzuführen pflegten, nämlich Rechte, ausstehende (persönliche) Forderungen und Klagen. (Jura, nomina et actiones.) Jeder sieht leicht, daß die beiden letztern schon unter dem ersten enthalten seyn würden. Von den ausstehenden (persönlichen) Forderungen ist dies von selbst klar. Und wenn die Klagen Rechte sind, so müssen sie wohl unter den Rechten enthalten seyn. Indessen, da wir jenes nicht einräumen können, wollen wir statt dessen lieber die Ansprüche setzen, die wir an Andre zu machen haben. Diese, welche der Ausdruck id, quod in actionibus petitionibusque est, anzudeuten scheint, gehören zu den Rechten, und dazu gehören, als Unterart, die ausstehenden persönlichen Forderungen, gleich wie die dinglichen Ansprüche, oder, was Justinian das *jus vindicationis* nennt, wovon er gelegentlich bemerkt, es sey unkörperlich [10]). Dergleichen Ansprüche sind zwar kein Gegenstand des Eigenthums, aber man hat sie, gleich den körperlichen Sachen, in bonis [11]).

Aber die Rechtsgelehrten stellen noch einen zweiten Be-

---

[10]) *L. 12. C. de praescr. longi temp.* Quid enim prodest, in ipsa provincia esse possessionem an in alia, cum jus vindicationis incorporale est.

[11]) *L. 49. D. de Verb. Sign.* Bonorum appellatio aut naturalis, aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur.

griff einer Klage auf. Sie sagen — und sagen gewöhnlich nur allein — die Klage sey ein Mittel, sein Recht vor Gericht zu verfolgen. Sie berufen sich auf eine Menge von Stellen des römischen Rechts, worin dieser Ausdruck in dieser Bedeutung gebraucht seyn soll, die aber nicht hieher gehören [12]). Nichts desto weniger glaube ich, dies sey nicht nur die echte Bedeutung des Worts, sondern es sey auch die einzige. Zwar wird nirgends von der Klage gesagt, sie sey ein Mittel, wo ein Begriff aufgestellt wird, da wird sie für ein Recht ausgegeben. Allein, daß unter der Klage ein Mittel zu verstehen sey, liegt schon in der Sprache; sowohl die *actio*, als die Klage, deuten darauf hin, daß hier von einer Handlung, von einer auf Geltendmachung des Rechts gerichteten Thätigkeit, die Rede sey, nicht aber von einem Recht, welches keine Handlung, sondern eine *qualitas personae* andeutet, die sich auf Thun oder Lassen bezieht [13]). Und wenn die Gesetze z. B. sagen: eine Klage anstellen, oder Jemanden mit einer Klage belangen oder belangen dürfen, oder wenn von einem Auftrage zur Anstellung einer Klage die Rede ist u. s. w., kann darunter schlechterdings nichts anders, als ein Mittel gemeint seyn. Ebenso kann die *actio*, wenn sie unter den Rechtsobjecten als das dritte erscheint, auch nur ein Klagemittel oder die Rechtsverfolgung andeuten; in der Bedeutung des Rechts würde sie schon unter dem zweiten

---

[12]) L. 7. §. 1. D. de rest. in integr. L. 7. D. quod metus causa. L. 16. D. de minor. L. 19. C. de obl. et act. L. 23. C. Fam. ercisc.

[13]) Hoffbauer das allgemeine Naturrecht und die Moral, in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit dargestellt. 2r Abschnitt, S. 34.

Object, den Sachen, begriffen seyn, wie schon von Andern bemerkt ist. Z. B. die actio confessoria oder negatoria anstellen, was heißt es anders, als bei Gericht auftreten und behaupten, daß dem Kläger oder seinem Grundstück eine Dienstbarkeit zustehe, oder, beziehungsweise, dem Beklagten oder seinem Grundstück eine solche nicht zustehe, und ein Gesuch damit verbinden, wie es dem Recht, was der Kläger verfolgt, angemessen ist, damit der Beklagte es nicht länger verletze [14]). Und die actio emti und venditi, und locati und conducti, und die actio hypothecaria und alle übrigen sind ebenfalls Mittel, wodurch man seine Rechte geltend macht; die Klageformel, deren sich der römische Kläger bediente, war auch nur ein Mittel. Wenn Pomponius uns erzählt, wie das römische Recht entstanden sey und sich allmählig ausgebildet habe, und von den Gesetzen der 12 Tafeln auf die Klagen kömmt, die aus ihnen gebildet worden, indem er bemerkt: Deinde ex his legibus, eodem tempore fere *actiones* compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent, quas actiones, ne populus, prout vellet, institueret, certas solemnesque esse voluerunt etc. etc., so ist es abermals nichts als ein Mittel, was hier durch den Ausdruck actio bezeichnet wird, bei dessen Gebrauch der Kläger sich gewisser bestimmter Ausdrücke bedienen mußte [15]). Nimmt etwa das römische Recht den Ausdruck bald in der einen und bald in der andern Bedeutung? Ich glaube nicht, daß dieser Ausdruck zwei verschiedene Bedeutungen habe: er bezeichnet nichts als ein Mittel oder vielmehr eine Handlung, also eine —

---

[14]) *Donell.* Com. de jure civ. lib. 19. cap. 9 §. 4.

[15]) L. 2. § 6. D. de origine juris.

actio. Zwar kommen viele Fälle vor, wo actio das Klagerecht anzudeuten scheint, z. B. wenn gesagt wird: *ex pacto actio non nascitur*, oder, wenn die Rede ist von *pluribus actionibus in ejusdem persona concurrentibus*, oder, wenn es heißt: *actio exspirat, exstinguitur etc.*; allein, wie der Uebergang von dem Mittel oder der Handlung zu der Möglichkeit, zu handeln, leicht ist, so ist es natürlich, daß auch oft die Bedeutung von Recht paßt, wo nur von einem Mittel die Rede ist. Jene Ausdrücke kommen selbst da vor, wo nach dem Zusammenhange es nicht möglich ist, dabei an ein Recht zu denken [16]), man müßte denn annehmen, daß derselbe Ausdruck in beider Bedeutung zugleich gebraucht werde, welches ungereimt wäre. Celsus selbst, welcher die Bedeutung des Worts erklären wollte, und es für ein Recht erklärte, hatte auch nur dies Mittel im Sinne, er vergriff sich bloß in dem Ausdruck, oder, er wollte, wie Accursius annahm, dadurch nichts weiter zu verstehen geben, als, das Klagemittel sey etwas Unkörperliches, oder endlich — und dies ist das Wahrscheinlichste — er wollte andeuten, daß demjenigen, dem eine actio beigelegt ist, durch dies ihm verliehene Mittel im Grunde die Macht beigelegt sey, ein Recht bei Gericht zu verfolgen. Das, was ein Mittel sey, wollte er sagen, sey im Grunde ein Recht — nihil aliud, quam jus — oder es sey doch in diesem Mittel ein Recht enthalten. Es ist wohl eben seine Meinung nicht gewesen, zu behaupten, dies Recht, zu klagen, sey von dem Recht selbst, welches durch die Klage geltend gemacht wird, noch zu unterscheiden. Sieht man indessen auf die Worte,

---

[16]) z. B. L. 71. D. de furtis. L. 32. D. de obl. et act. L. 53. D. eod. L. 60. D. eod. L. 43. §. 1. D. de reg. jur. L. 130. eod.

deren Celsus sich bedient, so muß man die Rechtsgelehrten, wenn sie hierin irren, wenigstens entschuldigen. Denn die *actio* ist nach Celsus ein *jus*, und *id, quod sibi debetur*, enthält ein zweites Recht, welches die Voraussetzung des ersten oder vielmehr zuerst genannten — der actio — ist. Dazu kömmt nun noch, daß nach römischem Recht ein Recht ohne Klage seyn kann, die entweder gleich Anfangs nicht entstanden oder in der Folge hinweggefallen ist. Es scheint daher ein besonderes Recht zu seyn, klagen zu können, was mit dem Hauptrecht verbunden, aber auch davon getrennt seyn kann, ohne daß ein Recht selbst oder die sogenannte natürliche Verbindlichkeit wegfällt. Allerdings giebt es auch ein Recht, zu klagen, was von dem Hauptrecht verschieden ist. Allein, was man eigentlich so nennen kann, meinen die Rechtsgelehrten wohl nicht; sie gehen in ihren Gedanken über das Recht, zu klagen, auf das Recht hinüber, den Schuldner durch die Klage zu zwingen. Beides ist von einander und von dem Hauptrecht verschieden.

Man kann zwei neben einander vorhandene Rechte unterscheiden, die demselben Berechtigten gegen denselben Verpflichteten zustehen, nämlich: 1) das Recht selbst, wovon man nicht sagen kann, es sey die einem Subject zustehende Macht, zu handeln, denn das Recht geht auch oft dahin, daß ein Andrer handle, oder gewisser Handlungen sich enthalte; es ist vielmehr ein Prädicat, was einem gewissen Subject in so fern zukömmt, als einem andern eine vollkommene Verbindlichkeit gegen ihn obliegt[17]).

[17]) Hofbauer Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts. S. 6.

2) Das Recht, Zwangsmittel in Anwendung zu bringen gegen denjenigen, der dem Recht entgegenhandelt. Dies zweite Recht ist mit dem erstern (auf das Engste) verbunden; es dient zum Schutz desselben [18].

Wenn z. B. der Gläubiger vom Schuldner empfängt, was dieser ihm aus einem Vertrage schuldig ist, so hat er von seinem Rechte Gebrauch gemacht, obgleich der Schuldner freiwillig zahlte, was er schuldig war, und kein Zwang gegen ihn Statt fand. Ebenso macht der Eigenthümer von seinem Rechte Gebrauch, wenn er die Sache gebraucht, obgleich Niemand es ihm zu verwehren sucht, und wer über ein fremdes Grundstück geht, da ihm oder seinem Grundstück das Recht dazu beigelegt ist, der übt ein Recht aus, obgleich

---

[18]) *Koehler* exercit. jur. naturalis. §. 775. Jus copulatum est cum jure cogendi alterum, ut officio nobis debito satisfaciat. Cum jure ergo nostro connexum est in genere jus cogendi alterum ad officii stricti custodiam. — §. 776. Jus cogendi (Zwangsrecht) est facultas utendi malo externo, quod aptum est ad compescendum eum, qui officio a lege stricta illi injuncto non vult satisfacere. Hofbauer Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts S. 46 ff. Der Letztere bemerkt: Ein Zwangsrecht oder das Recht, von Zwangsmitteln Gebrauch zu machen, kann für mich nicht eher wirklich seyn, als bis ein anderes meiner Rechte verletzt ist, oder bis Jemand einer Verbindlichkeit zuwider gehandelt, welche einem andern Rechte, welches ich habe, entspricht. Ich kann nicht eher gegen denjenigen, der mit mir einen Vertrag eingegangen ist, auf eine rechtgemäße Weise Zwang gebrauchen, als er seiner Vertragsverbindlichkeit entgegenhandelt. Mein Recht zu diesem Gebrauch von Zwangsmitteln ist daher von meinem Rechte aus dem Vertrage verschieden. Mein Eigenthumsrecht ist ebenfalls kein Zwangsrecht; allein wenn Jemand es verletzt, so habe ich das Recht, gegen ihn Zwang zu gebrauchen.

er von Niemandem gehindert wird, die Handlung vorzunehmen. Man sieht daraus, daß beide verschieden sind, das Recht selbst und die Befugniß, Andre zu nöthigen, sich dem Recht gemäß zu verhalten. Sie sind etwa in der Art verschieden, wie das Recht, Andern vorzuschreiben, was sie thun oder lassen sollen, von dem Recht, Gehorsam zu erzwingen. In der That glaube ich, könne man sich das Verhältniß, worin ein Berechtigter zu dem Verpflichteten steht, nicht deutlicher machen, als wenn man sagt, jenem stehe, vermöge des Gesetzes, die Macht zu, innerhalb der Sphäre seines Rechts dem Verpflichteten vorzuschreiben, was er thun oder unterlassen soll, und wenn er sich weigert, zu gehorchen, sey jener berechtigt, Zwang anzuwenden. Dies Recht ist als ein Nebenrecht mit dem Hauptrecht zugleich vorhanden, es entsteht nicht erst mit der Verletzung des Rechts. Der wirkliche Gebrauch des Rechts, nicht das Recht selbst, setzt Verletzung des Rechts voraus. Es fällt weg, wenn der Andre von freien Stücken dem Recht gemäß handelt; ingleichen wenn das Recht aufhört. Denn das Recht, ein anderes Recht geltend zu machen, muß aufhören, wenn kein Recht da ist, welches geltend gemacht werden kann.

Von diesem Recht, zu zwingen, kann man 3) unterscheiden das Recht zu klagen. Dies ist kein Recht gegen den Schuldner, sondern gegen den Staat, welcher den Kläger zu hören und ihm zu seinem Rechte zu verhelfen verbunden ist. Die Rechtsgelehrten lehren, wie wir gehört haben, von diesem jure agendi, was vom jure cogendi gilt, sie nennen jenes, wo sie dieses im Sinne haben, oder wenigstens nennen sollten. Dies jus cogendi ist aber dem Staat übertragen, und, wie er zugleich die Verbindlichkeit übernommen hat, es in Ausführung zu bringen,

ist

ist die Klage nichts als eine Aufforderung an ihn, seiner Verbindlichkeit ein Genüge zu leisten. Das jus agendi ist etwas ganz Anderes, als das Recht selbst; es steht aber damit in naher Verwandtschaft; denn es bezieht sich auf die Geltendmachung des Rechts. Man kann es dem Recht vergleichen, was einem Gewaltgeber zusteht gegen den Beauftragten, daß er seinen Auftrag ausrichte. Es verhält sich zu dem jus cogendi wie das Mittel zu dem Zweck, gleich wie das jus cogendi selbst sich zum Hauptrecht wie das Mittel zum Zweck verhält. Auf allen Fall sind *actio* und *jus agendi*, Klage und Recht zu klagen, was auch Celsus sagen mag (dessen Meinung übrigens wohl gar nicht war, eine eigentliche Definition zu geben, sondern eher, einen sinnreichen Einfall zu äussern) zwei ganz verschiedene Dinge. Die actio ist kein *jus agendi* und auch kein *jus cogendi*, sondern ein Mittel, wodurch der Staat genöthigt wird, an Stelle des Berechtigten, das *jus cogendi* in Ausführung zu bringen.

Eigentlich ist die Klage 1) eine Handlung; sie ist nämlich eine Handlung, wodurch Jemand bei einem Andern die Anzeige von einem Unrecht macht, was ein Dritter gegen ihn begangen habe oder begeht, damit er Hülfe und Schutz gegen ihn finde. Im Gebiet des Rechts wird eine an den Richter gerichtete Beschwerdeführung dieser Art darunter verstanden. Die Klage ist freilich auch

2) ein Mittel, welches das Gesetz zu diesem Ende aufgestellt hat. Diese zweite Bedeutung läßt sich auf die erste zurückführen. Denn, wenn das Gesetz z. B. sagt, der Käufer, dem eine fehlerhafte Sache verkauft ward, darf sich unter gewissen Voraussetzungen der actio redhibitoria oder quanti minoris bedienen: was heißt dies anders, als, es ist

ihm in solchen Fällen erlaubt, bei Gericht über erlittenes Unrecht Beschwerde zu führen und Schutz und Hülfe einer gewissen Art dagegen nachzusuchen. Das Mittel, was das Gesetz in der actio an die Hand giebt, besteht grade darin, daß er jene Handlung vornehmen darf; die Handlung ist das Mittel.

Im römischen Recht spielen die Klagen, als Mittel, sein Recht vor Gericht zu verfolgen, eine große Rolle, wozu ohne Zweifel der frühere Gebrauch der Klageformel die Veranlassung gab; das Recht selbst verbirgt sich gewöhnlich unter der Gestalt der Klage. Statt zu sagen, daß jedes Recht bei Gericht geltend gemacht werden könne, giebt das römische Recht für jedes Recht besondere Klagen, eine oder auch mehrere, die als etwas vom Recht Geschiedenes erscheinen; es sind Formen der Rechtsverfolgung, die in gewisse Schranken eingeschlossen sind und ihre eignen Regeln haben, so daß es nicht gleichviel ist, ob man sich dieser oder einer andern Klage bedient, und die eine Klage noch Statt finden kann, wenn die andre schon verjährt ist. Indessen sieht Jeder leicht, daß es der Aufstellung besonderer Klagen zur Geltendmachung einzelner Rechte gar nicht bedarf. Es ist schon genug, daß ein Recht selbst vorhanden ist, und jedes Recht, wenn es nöthig ist, bei Gericht und durch den Staat geltend gemacht wird. Selbst nach römischem Recht erkennen wir den Grundsatz an, daß ein Recht bei Gericht geltend gemacht werden kann, auch wenn dafür keine besondere Klage gegeben ist. Ubi non deficit jus, ibi non deficit actio. Das Daseyn von Klagen hat allenfalls den Nutzen, das Daseyn des Rechts mehr bemerklich zu machen; sie bilden gleichsam das Kleid desselben. Die Klage als ein Mittel, ein Recht bei Gericht zu verfolgen, zeigt deutlich an, daß ein gewisses Recht vor-

handen sey, und daß und wodurch es von einem andern verschieden sey, für welches es wieder eine andre Klage giebt. So bringen unnütze und selbst fehlerhafte Einrichtungen öfters einen Nutzen hervor, der nicht dabei beabsichtigt ist. Doch ist der Schade größer, den sie stiften, weil sie das Studium des Rechts beschwerlich machen.

3) Indem das Gesetz Jemanden eine Klage beilegt, ist ihm zugleich ein Recht gegeben oder als vorhanden anerkannt, in Ansehung einer gewissen Forderung Hülfe und Schutz jener Art zu finden; wobei man aber nicht glauben muß, dies sey ein von einem andern Recht, demjenigen, was man eigentlich geltend machen will, verschiedenes Recht, sondern es ist höchstens eine nähere Bestimmung desselben, indem nicht bloß das Vorhandenseyn des Rechts, sondern zugleich auch etwas von ihm, nämlich, daß es bei Gericht geltend gemacht werden könne, ausgesagt wird, was sich ohnehin von selbst versteht. Denn — um bei jenem Beispiel zu bleiben — wenn das Gesetz sagt, wer eine fehlerhafte Sache erkauft hat, der darf unter gewissen Umständen die actio redhibitoria oder quanti minoris anstellen: was heißt das anders, als der Käufer hat unter gewissen Umständen ein Recht, zu fordern, daß der Handel zurückgehe und ihm sein Kaufgeld zurückgegeben werde, oder, wenn er den Handel bestehen lassen will, daß wenigstens der Kaufpreis vermindert werde.

Also, daß ich es kurz sage, die Klage ist kein Recht, sondern eine Handlung, und diese ein Mittel, unser Recht bei Gericht geltend zu machen, und wenn das Gesetz uns eine Klage beilegt, hat es uns eben dadurch ein bei Gericht zu verfolgendes Recht beigelegt. Es wird uns durch die Klage zunächst:

1) ein Mittel gegeben, ein Recht, und zwar in einer bestimmten Art, bei Gericht geltend zu machen; eben dadurch wird
2) ein Hauptrecht gegeben oder als vorhanden anerkannt, nämlich das zu fordern, worauf die Klage gerichtet ist. Zugleich wird
3) dadurch versprochen, daß dies Recht bei Gericht geschützt werden, der Andre vom Gericht, wenn es darum angerufen wird, genöthigt werden soll, dem Recht gemäß zu handeln.

---

## b) Von der Zusammenkunft der Klagen.

Diese Lehre, die ich hier nicht sowohl abhandeln, als berühren will, läßt sich, glaube ich, sehr einfach und leicht machen, wenn man, wie es sich gebührt, die Ansprüche von den Klagen, die Forderungen von den Mitteln, sie bei Gericht geltend zu machen, unterscheidet, und sodann Alles auf zwei Hauptfälle zurückführt, nämlich ob sich eine Mehrheit von Forderungen oder eine Einheit ergiebt. Die Menge der Ansprüche richtet sich dabei nach der Menge der Objecte, die man zu fordern hat; Jemand hat mehrere Ansprüche, oder eine, je nachdem er mehrere, von einander verschiedene, Objecte oder eins zu fordern hat. Es kann zwar seyn, daß mehrere Ansprüche dasselbe Object haben, z. B. Jemand kann dieselbe Sache als Erbe und auch aus eigner Person zu fordern haben, dann hat er aber das Object mehrere Mal zu fordern [19]). Ergiebt sich also eine Mehrheit von Forde-

---

[19]) *L. 18. D. de obl. et act.* Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debeba-

rungen, stehen demselben Kläger mehrere Ansprüche gegen denselben Beklagten zu — wobei es am Ende einerlei seyn kann, ob sie aus derselben Begebenheit sich herschreiben oder aus verschiedenen, genug, daß es mehrere von einander verschiedene Ansprüche sind — so bietet die Natur der Sache im Allgemeinen kein absolutes Hinderniß dar, und die Gesetze, selbst die römischen, verwehren es nicht, die mehreren Klagen, wodurch jede einzelne geltend gemacht wird, mit einander zu verbinden. Bei mehreren aus verschiedenen Quellen herrührenden Klagen erlaubt das römische Recht, was

tur: si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem; et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilo minus integra remaneret. *L.* 10. *D. de act. emt. et vend.* Non est novum, ut duae obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant. Cum enim is, qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres exstiterit, constat, duas esse actiones in ejusdem persona concurrentes, propriam et hereditariam; et debere heredem institutum, si velit separatim duarum actionum commodo uti, ante aditam hereditatem proprium venditorem convenire, deinde adita hereditate hereditarium; quodsi prius adierit hereditatem, unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum. Ex contrario quoque, si venditor venditori heres exstiterit, palam est, duas evictiones eum praestare debere. *L.* 14. §. 2. *D. de exc. rei jud.* Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim anplius, quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

bei mehrern aus derselben Quelle entspringenden wenigstens eben so gut erlaubt seyn muß [20]). In Fällen dieser Art finden mehrere Klagen mit und neben einander Statt, weil mehrere Ansprüche mit und neben einander Statt finden, deren jede ihr eigenes Mittel hat. Der Kläger kann daher die mehrern Klagen neben einander, und, wo dies etwa aus besondern Gründen nicht angeht, sie auf allen Fall nach einander anstellen, damit die eine Klage bewirke, was die andre nicht thut, auch wohl die eine die andre ergänze und der Kläger durch Hülfe der andern erlange, was er mit der einen nicht erlangen konnte oder erlangt hat [21]). — In diesem ersten Falle fasse ich alle diejenigen Fälle zusammen, welche die Rechtsgelehrten im concursus objectivus, cumulativus und successivus von einander trennen; der zuletzt erwähnte enthält, beiläufig gesagt, eine contradictio in adjecto; man geht dabei von einem gleichzeitigen Zustehen mehrerer Klagen — dem *concursus* — mit einem Mal zu dem Anstellen hinüber, vom Vorhandenseyn zu gleicher Zeit zum Gebrauch zu verschiedener Zeit. —

Von diesem ersten Fall ist der zweite sehr verschieden, da nämlich dem Kläger nur Eine Ansprache zusteht, es stehen ihm aber in den mehreren Klagen mehrere Mittel zu Gebote, sie bei Gericht geltend zu machen. In Fällen dieser Art kann man nur eigentlich sagen, es sey ein concursus actionum vorhanden, indem die mehrern Klagen alle auf dasselbe Ziel gerichtet sind. Der Kläger kann in diesen Fällen die mehrern Klagen eben so wenig neben einander anstellen, wie nach einander; er muß eine von ihnen auswäh-

---

[20]) L. 11. D. de jurisdict. | L. 42. D. Loc. L. 29. D. Depos.

[21]) L. 7. §. 1. D. de cond. furt. | L. 34. pr. et §. 2. D. de obl. et act.

len und auf die gewählte ist er beschränkt, daß er zu einer der übrigen seine Zuflucht nicht nehmen kann. Ihm stehen in Fällen dieser Art mehrere Klagen zu, er kann aber nur eine anstellen. Z. B. Jemanden ist ein Individuum vermacht, und er will es von dem Erben, durch Hülfe des Richters, ausgeliefert haben. Er könnte sagen, es sey ihm vermacht, und folglich stehe ihm das Eigenthum desselben zu, und folglich sey der Erbe verbunden, es ihm herauszugeben; er kann aber auch sagen, es sey ihm vermacht und der Erbe sey durch die Antretung der Erbschaft verbunden, den Willen des Testators zu erfüllen; aber immer ist es dasselbe Object, was der Kläger fordert, immer dieselbe Ansprache, mag er sie mit der Eigenthumsklage, mag er sie mit der persönlichen aus dem Testament geltend machen, und diese Ansprache beruht immer auf demselben letzten Grunde, nämlich darauf, daß ihm die Sache vermacht ist [22]). Mehrere Klagen dieser Art

[22]) *L.* 76. §. 8. *D. de leg.* 2. Variis actionibus legatorum simul legatarius uti non potest, quia legatum datum in partes dividi non potest; non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti, sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una interim, quae fuerat electa, legatum petere. — *L.* 84. §. 13. *D. de leg.* 1. Si is, cui legatum fuerat, antequam constitueret, qua actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis, legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt; quare quamdiu alter rem vindicare vult, alter in personam agere non potest. Sed si consenserint, rem communiter habebunt; consentire autem vel sua sponte debent, vel imminente judice. — Auf den sogenannten concursus actionum electivus bezieht sich der Ausspruch des Ulpian in *L.* 43. §. 1. *D. de reg. jur.* Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet; nicht aber ist daraus der allgemeine Satz abzuleiten, daß überhaupt nicht Klagen, die aus derselben Begebenheit sich herschreiben, neben einander angestellt werden können.

verbinden, hieße mehrere Mittel zu demselben Zweck anwenden, wovon das eine hinlänglich ist; daher finden sie nicht neben einander Statt. Sie können aber auch nicht nach einander gebraucht werden. Denn, hat der Kläger den Sieg davon getragen, und ist er wegen seiner Forderung befrie-

---

*Vianen* de concursu actionum cap. 2. §. 1. (*Oelrichs* thesaurus diss. belgicarum tom. 1.) Eben auf ihn bezieht sich auch *L.* 6. *D. de exc. rei jud.* Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur; parere ergo exceptionem rei judicatae, frequens est. Unter den mehrern Klagen sind plures actiones ad idem tendentes zu verstehen, wie schon die Glosse bemerkt hat. Ferner gehört hieher *L.* 34. §. 1. *D. de obl. et act.* Si is, cui rem commodavero, eam surripuerit, tenebitur quidem et commodati actione, et condictione, sed altera actio alteram perimit aut ipso jure, aut per exceptionem; quod est tutius. Besonders scheint folgende Stelle hieher zu gehören: *L.* 53. *pr. D. de obl. et act.* Plura delicta in una re plures admittunt actiones; sed non posse omnibus uti probatum est. Nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus, utendum est. Der Rechtsgelehrte geht hier, wie es scheint, von der Idee aus, daß die durch ein Verbrechen begründete Poenalverbindlichkeit nur eine ist, — gleichwie die Verbindlichkeit zur Entschädigung auch nur eine ist, eine zweite, — mögen auch durch dieselbe Handlung — in una re — mehrere Gesetze zugleich übertreten und mehrere auf eine Privatstrafe gerichtete Klagen zugleich begründet seyn. Diese mehrern Klagen concurriren also electiv, wenigstens, wie hier aus der Vergleichung mit andern Stellen hinzuzusetzen ist, insofern, als die eine das schon mit enthält, worauf die andre gerichtet ist; wenn aber die andre mehr enthält, kann dies Plus besonders oder auch nachgefordert werden. Sie concurriren daher mit einander, wie es scheint, zugleich electiv und cumulativ. L. 32. D. de obl. et act. L. 34. pr. et §. 2. D. eod. L. 41. D. eod. L. 60. D. eod.

digt, so versteht es sich, daß er eine Forderung nicht zum zweiten Mal geltend machen kann, die bereits durch Zahlung getilgt, mithin nicht mehr vorhanden ist. Die Rechtsgelehrten erinnern statt dessen an den Ausspruch des Cajus: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur [23]), der, wenn überhaupt, nur insofern hieher gehört, als der Kläger das Object nur einmal zu fordern hatte; denn, wenn er es mehrere Mal zu fordern hatte, so würde bona fides nicht, sondern nur ein etwa vorhandener concursus duarum causarum lucrativarum hindern, daß er es zum zweiten, dritten u. s. w. Mal fordern könnte [24]). Ist er aber mit seiner Klage abgewiesen, so steht ihm der Ausspruch des Richters entgegen [25]). Wenn der Richter den Ausspruch gethan hat, wie die Ansprache des Klägers nicht gegründet sey — nicht bloß diese Art von Klage nicht tauglich sey, sie geltend zu machen, — so kann er seine Forderung nicht, bloß mit verändertem Mittel, erneuern; ihm würde vielmehr exceptio rei judicatae entgegenstehen, zu deren Begründung es nicht erforderlich ist, daß dieselbe Klage wieder angestellt, sondern daß dieselbe Frage erneuert wird, worüber schon einmal gestritten ist [26]). Doch ist ihm nicht verwehrt, das Object, was er aus einem bestimmten Grunde in Ansprache nahm und ihm aus diesem Grunde nicht zuerkannt ward, aus einem andern Grunde, also *ex alia causa*, auch mit dersel-

---

[23]) L. 57. D. de reg. jur.

[24]) *L. 17. D. de obl. et act.* Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem pervenisset. L. 83. §. 6. D. de verb. obl.

[25]) L. 5. D. de except. rei judic.

[26]) *Zanger* de except. P. 3. cap. 17. nr. 44 seq. nr. 48. *Brunnemann* ad L. 5. D. de exc. rei jud.

den Klage aufs Neue zu verfolgen, welches nur dann wegfällt, wenn, wie bei dinglichen Klagen erlaubt ist, kein bestimmter Entstehungsgrund dieses dinglichen Rechts angegeben, sondern das Recht bloß im Allgemeinen als vorhanden bezeichnet und in der allgemeinen Behauptung des vorhandenen Rechts alle möglichen Entstehungsgründe begriffen, eben daher durch den Richter das in Ansprache genommene Recht aus allen dergleichen Gründen zugleich abgesprochen worden [27]).

Dies Alles gilt auch namentlich dann, wenn dem Kläger mehrere Klagen, oder vielmehr in den mehreren Klagen mehrere Ansprüche, beigelegt sind, damit er nach seiner Wahl die eine oder die andere bei Gericht geltend mache, wie z. B. dem Käufer, der eine mit Mängeln behaftete Sache erkauft hat, actio redhibitoria und quanti minoris zusteht. Auch in diesem Fall stehen ihm mehrere Klagen zu, er kann aber nur eine anstellen. Auch in diesem Fall hat er nur Eine Ansprache, nämlich er hat das Eine oder das Andre zu fordern, und je nachdem er dieses oder jenes erwählt hat, steht ihm dieses oder jenes Mittel zu. Es stehen ihm hier nicht mehrere Mittel zu demselben Zwecke zu — als wodurch sich dieser Fall von dem vorigen unterscheidet — sondern er hat die Eine Ansprache, nämlich die erwählte, geltend zu machen, nur Ein Mittel in Händen. Im Uebrigen ist Alles gleich.

---

[27]) L. 11. §. 2, L. 12, L. 13, L. 14. D. de exc. rei jud.

# II.

# Betrachtungen über Einreden.

## a) Von der Begünstigung des Beklagten bei den Einreden.

Den Klagen stehen die Einreden gegenüber. Beide sind Rechtsmittel, jene zum Angriff, diese zur Vertheidigung; es sind, mit der Glosse zu reden, die Waffen, womit bei Gericht gestritten wird; während der Kläger den Gegner durch Klagen (arma actoris) bekämpft, sucht der Beklagte sich wider den Gegner durch Einreden (arma rei) zu schützen. Einreden sind Schilder, die dem Kläger entgegengehalten und wodurch die Streiche desselben aufgefangen werden. Einreden sind eben so wenig Rechte, als Klagen es sind; auch sie gehören im Grunde zu den Handlungen, indem der Beklagte der Behauptung des Klägers zu seinem Schutz eine andere entgegenstellt, die nicht im bloßen Verneinen der Thatsachen besteht, worauf die Klage gegründet ist. Nach dem eigenen gesetzlichen Ausdruck ist eine Einrede eine *allegatio*. Justinian sagt nämlich von der replicatio, sie sey allegatio [1]). Diese replicatio ist aber bekanntlich eine Art von exceptio. In den Pandecten sagt Ulpian von der Einrede, sie sey *exclusio*. Allein, dabei wird die Wirkung für die Handlung gesetzt, welche die Wirkung hervorbringt; es heißt auch gleich hinterher: exceptio actionem excludit [2]). Eine Handlung ist sie auf allen

[1]) pr. J. de replicat.

[2]) L. 2. pr. et §. 2. D. de except.

Fall, auch bei Ulpian, er redet von ihr in Ausdrücken, die auf ein **Thun** gerichtet sind [3]). Gewöhnlich denkt man aber bei beiden, besonders der Einrede, nicht sowohl an die Handlung oder die Behauptung, sondern an den **Inhalt** oder an das Mittel, was in der Handlung enthalten ist. Einreden bilden ein von der Klage abgeschiedenes, für sich bestehendes Wesen, welches bestimmt ist, die Klage für jetzt oder für immer unwirksam zu machen. Von ihnen gelten wichtige Rechtssätze, die sich nicht schon von selbst verstehen, sondern, zum Theil wenigstens, auf eine Begünstigung der Vertheidigung hinführen, und die wir hier zusammengestellt betrachten wollen, nachdem wir an einen Rechtsgrundsatz erinnert haben, den **Cajus** aufstellt, welcher lehrt: **Ein Beklagter verdiene vor dem Kläger begünstigt zu werden** [4]). Jeder sieht leicht, daß dies ein Grundsatz sey, welcher mit der Gerechtigkeit nicht bestehen kann. Bei Gericht kann der Umstand, daß Jemand sich vertheidigt, ihm keine größere Ansprache auf Begünstigung geben, als dem, welcher angreift; denn das Gericht soll eben jetzt erst untersuchen, wer von Beiden unrecht handelt, der Kläger, der die Forderung macht, oder der Beklagte, der die Befriedigung derselben verweigert. Indessen wird es sich mit dieser Begünstigung selten oder nie so weit erstrecken, daß man sagen könnte, dem Kläger sey dadurch zu nahe geschehen; vielmehr, was Begünstigung zu seyn scheint, wird gewöhnlich aus der Natur der Sache folgen, und die Verschiedenheit der Rechte der streitenden Theile aus der Verschiedenheit ihrer Stellung fließen, oder es wird auch sonst auf irgend eine

---

3) L. 2. pr. D. eod.

4) Favorabiliores rei potius, quam actores habentur. *L.* 125. *D. de reg. jur.*

Art ausgeglichen, wie wir davon weiterhin ein Beispiel sehen werden.

1) Man kann Einreden vorschützen, obgleich man die Thatsachen, worauf die Forderung und die Klage beruht, geläugnet hat [5]).

2) Man kann mehrere Einreden zum Behuf der Vertheidigung neben einander aufstellen, da man doch zum Behuf der Verurtheilung nicht mehrerer Klagen sich bedienen darf [6]).

3) Man kann selbst solche Einreden, die mit einander in Widerspruch stehen, z. B. die Einrede, daß die Schuld durch wirkliche Zahlung getilgt sey, mit der Einrede, daß sie erlassen sey, verbinden [7]). Ein Beklagter, welcher läugnet, schützt Einreden vor, die ihm nicht nöthig sind, um dadurch für den Fall geschützt zu seyn, daß es dem Kläger gelingen wird, die Klage zu beweisen; ein Beklagter, der mehrere Einreden vorschützt, thut es in der Meinung, daß die eine ihn schützen soll, wenn die andre ihren Dienst versagt.

Wenn man die Sache näher erwägt, kann man jedoch nicht eigentlich sagen, es werde hier der Beklagte vor dem Kläger oder gar zum Nachtheil desselben, begünstigt, indem jener mehrerer Einreden, dieser nicht mehrerer Klagen sich bedienen könne, jener, um die Abweisung, dieser, um die Verurtheilung des Klägers zu bewirken. Von einer

---

[5]) *L. 43. pr. D. de reg. jur.* Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impediat.

[6]) *L. 5. D. de exc.* Is, qui dicit, se jurasse, potest et aliis exceptionibus uti cum exceptione jurisjurandi, vel aliis solis; pluribus enim defensionibus uti permittitur.

[7]) L. 8. D. de except.

Begünstigung des Einen vor dem Andern würde nur dann die Rede seyn, wenn Beide sich in derselben Lage befänden, Beide wollten dasselbe thun, und der Eine dürfte es, der Andre aber nicht. Ihre Lage ist in diesem Fall sehr verschieden. Denn, wollte der Kläger, wenn ihm mehrere Klagen zu demselben Zweck zu Gebote stehen, sie mit einander verbinden, so würde dies keinen Nutzen für ihn haben; hingegen ist es für den Beklagten von dem größten Nutzen, wenn er mehrere Einreden neben einander aufstellen darf. Es sind das eben so viel vom Gesetz anerkannte Gründe, aus denen er die Abweisung des Klägers — sein Ziel — fordern kann. Indem er mehrere Einreden aufstellt, fordert er die Abweisung des Klägers aus mehreren Gründen. Diese Gründe mußte er alle auf einmal vortragen; was der Kläger allenfalls durch eine folgende Klage nachholen kann, würde dem Beklagten nicht erlaubt seyn; einmal verurtheilt, zu zahlen, würde er vergeblich sich bemühen, zu zeigen, er sey nicht schuldig gewesen, zu zahlen. Zwar würde auch schon Ein Grund allein zu diesem Zweck hinlänglich seyn, aber der Beklagte kann nicht wissen, ob der Richter diesen Grund für gültig anerkennen, der Gegner ihn nicht siegreich bestreiten, oder es ihm gelingen wird, die dazu gehörigen Thatsachen zu beweisen; daher ist die eine Einrede immer zur Hülfe für die andre da. Die mehrern Einreden sollen nicht vereinigt die Abweisung des Klägers bewirken, sondern diejenige soll es, die der Richter dazu am meisten tauglich finden wird. Sie wirken nicht zusammen, sondern jede wirkt einzeln für sich; keine unterstützt die andere, aber jede, wenn sie gegründet ist, ist geschickt, die Wirkung hervorzubringen, die der Kläger beabsichtigt. Wollte ich vom Kriege einen Ausdruck erborgen, so würde ich sagen, keine kommt der andern im

Streit zu Hülfe, sondern jede ist zum Rückhalt für die andre da. Im Grunde ist dem Kläger in diesem Sinn gleichfalls erlaubt, mehrere Klagen zu verbinden. Nämlich, wenn er ungewiß ist, welche Klage ihm zustehe, darf er mehrere Klagen *alternatim* mit einander verbinden, um durch die eine oder durch die andere sein (letztes) Ziel zu erlangen [8]). Auf diese Art wird die Gleichheit unter den streitenden Theilen wieder hergestellt und die Begünstigung des Beklagten besteht bloß darin, daß er mehrere Einreden auch *simpliciter* mit einander verbinden, ja daß er selbst widersprechende Einreden *simpliciter* neben einander aufstellen darf.

4) In der Vorschützung von Einreden liegt kein Geständniß der Klage, und es kann eine Einrede nicht dazu gebraucht werden, um aus den dabei zum Grunde gelegten Thatsachen ein stillschweigendes Geständniß der Klage herzuleiten. Qui excipit, heißt es, non fatetur [9]). Das römische Recht hat wohl nur das Erstere ausdrücklich gesagt, wenigstens, wenn die gewöhnliche Lesart der letzten Worte in der hieher gehörigen Stelle desselben — L. 9. D. de except. — *quia* exceptione utitur richtig ist, es nicht *qui* heißen muß; aber auch das Letztere ist ihm nicht zuwider

---

[8]) *L. 1. §. 4. D. quod legatorum.* Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit, hereditatis petitionis instituendam, et hoc interdictum reddendum, ut sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur: quemad modum solemus facere, quoties incertum est, quae potius actio teneat. Nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit.

[9]) L. 9. D. de exc. cap. 6. X. de exc. cap. 63. de reg. jur.

und hat auf allen Fall die Stimme der Ausleger, des canonischen Rechts und den Gebrauch der deutschen Gerichte für sich. Wer eine Einrede vorschützt, will sich vertheidigen, nicht aber Etwas zugestehen. Er will die Klage bestreiten, nicht einräumen. Er hat nicht die Absicht, zu gestehen, sondern, sich zu schützen, und dies Schutzmittel, was zu seinem Besten dienen soll, darf nicht zu seinem Nachtheil, es soll für ihn, nicht gegen ihn benutzt werden. Eine merkwürdige Anwendung macht das canonische Recht von jenem Grundsatz auf folgenden Fall. Ein gewisser Bischof vindicirte eine Kirche von einem gewissen Kloster, welches ihm den Einwand entgegensetzte, die Kirche sey von den Vorfahren des Bischofs dem Kloster durch Tausch überlassen. Der Bischof meinte nun, durch diesen Einwand sey ja das frühere Eigenthum der Vorfahren des Klägers, über welches das Kloster sich gar nicht erklärt hatte, zugestanden; da das Kloster behaupte, wie es die Kirche der Frage von den Vorfahren des Bischofs durch Tausch erlangt habe, so müsse die Kirche dem Bischof zur Zeit des Tausches gehört haben. Allein der Papst entschied: aus einer Einrede lasse sich kein Geständniß der Klage herleiten; der Bischof sey daher von der Last, das Eigenthum, worauf die Klage gegründet war, zu beweisen, nicht freizusprechen [10]), und wandte dadurch jenen Grundsatz auf den Inhalt der Einrede an. Es folgte aber aus jenem Umstand jener Schluß nicht einmal; man konnte aus der bloßen Thatsache, daß der Bischof die Kirche vertauscht hatte, nichts weiter schließen, als daß er wie ein Eigenthümer gehandelt, nicht aber, daß er es gewesen sey. Er selbst würde freilich diese Handlung nicht haben anfech-

ten

---

[10]) cap. 6. X. de exc.

ten können; hier aber handelte es sich davon, daß er aus dieser Handlung Rechte ableiten wollte. Aber nicht diesen Grund setzt der Papst dem Kläger entgegen, sondern den bereits angeführten.

---

## b) Ueber den Grundsatz: reus excipiendo fit actor.

Nicht Waffen verschiedener, sondern vielmehr derselben Art scheinen die Einreden, in Vergleichung mit den Klagen, zu seyn. Denn, nach einigen Stellen der Pandecten, sind Einreden als Klagen anzusehen, und der Beklagte scheint ein Kläger zu seyn, insoferne er sich einer Einrede bedient. Besonders gehört hieher eine Stelle des Ulpian, die im Titel, der von Einreden handelt, ganz voran gestellt ist:

> Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est [11]).

Wäre dieser Satz wahr — in dem Sinn, wie die Worte es anzudeuten scheinen — so müßte er sich umkehren lassen, so müßte eine Klage auch eine Einrede seyn, und Paulus, welcher lehrt:

> Actionis verbo non continetur exceptio [12]),

wäre unrecht berichtet gewesen. Nein, Klagen und Einreden sind zwei ganz verschiedene Dinge, und sie, die einander sogar entgegengesetzt sind, können sich nie zu Einem Wesen vereinigen. Es giebt aber gewisse Merkmale, worin sie zusammentreffen [13]). 1) Indem der Beklagte eine Einrede vorschützt, beschränkt er sich nicht darauf, die eigentliche Ant-

---

[11]) L. 1. D. de except.

[12]) L. 8. §. 1. D. de Verb. Sign.

[13]) Schon die Glossographen unterschieden hier zwischen Kläger seyn und die Rolle des

wort auf die Klage zu geben, d. h. zu erklären, ob die bei der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen wahr oder falsch sind, und also zu thun, was er zu thun schuldig ist; er geht noch einen Schritt weiter, indem er, gleich einem Kläger, eine eigne (und neue) Behauptung aufstellt, wodurch er dem Gegner etwas abzustreiten d. h. bei ihm, sich gegen die Klage, auch die an sich gegründete, zu schützen sucht. 2) Wie eine Klage zu ihrer Begründung einen Umstand erfordert, welcher geschickt ist, das Verlangen des Klägers zu rechtfertigen — ein fundamentum agendi — also erfordert auch die Einrede einen Umstand, welcher geschickt ist, den Beklagten gegen das Verlangen des Klägers in Schutz zu nehmen — ein fundamentum excipiendi. — 3) Gleichwie ein Beklagter sich über die Thatsachen, die bei der Klage zum Grunde liegen, erklären muß, ob sie wahr oder falsch sind, also muß auch der Kläger in Ansehung der Thatsachen, die bei den Einreden zum Grunde liegen, bejahend oder verneinend antworten. 4) Gleichwie gegen die Klage, ausser der eigentlichen Beantwortung derselben, eine Vertheidigung durch Einreden zulässig ist, also ist auch wieder gegen die Einreden, ausser der pflichtmäßigen Beantwortung derselben von Seiten des Klägers, eine Vertheidigung durch Einreden möglich. Der Kläger darf Einreden durch Einreden bestreiten, die wieder durch Einreden bestritten werden können, gegen welche andre Einreden möglich sind u. s. w. 5) Gleichwie der Kläger, der Regel nach, bestrittene Thatsachen beweisen muß, die zur Begründung seiner Klage erforderlich sind, also muß auch der Beklagte, der Regel nach, bestrittene Thatsachen beweisen, die bei seinen Einreden zum Grunde liegen.

---

Klägers übernehmen. Dic ergo, agere id est actoris officium exercere; non autem est actor. Glossa ad L. 1. D. de exc.

Und grade dieses war es wohl vorzugsweise, war es vielleicht ausschließlich, was Ulpian im Sinne hatte, als er den Ausspruch that:

Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.

Denn, die Rolle des Klägers übernehmen und beweisen müssen, wird von den römischen Rechtsgelehrten als gleichbedeutend gebraucht. So bemerkt Africanus: *jure suo probare* id enim esse *petitoris partes sustinere*[14]. Und Ulpian selbst erklärt an einem andern Orte den Ausdruck: *actoris partes sustinere*, auf dieselbe Art. Er lehrt nämlich, bei den Einreden müsse der Beklagte die Rolle des Klägers übernehmen; er müsse, setzt er hinzu, seine Einrede beweisen, wie der Kläger seine Klage beweisen müsse. Andre Folgerungen aus jenem Grundsatz zieht er nicht.

*L.* 19. *pr. D. de probat.*

In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere; ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum esse.

Eben so gebraucht den Ausdruck Ulpian weiterhin unter dem Titel von Einreden. Wenn er von Präjudicialfragen lehren will, der müsse beweisen, der sich einen gewissen Status beilegt und ihn gegen den Gegner erstreiten will, so sagt er, der müsse die Rolle des Klägers übernehmen[15]. Es würde also nur dasselbe seyn, was Celsus lehrt:

---

[14]) L. 15. D. de novi operis nunc. |

[15]) *L.* 12. *D. de except.* Ge-

Qui excipit, probare debet, quod excipitur [16]), und die Regel, die **Ulpian** giebt, bezöge sich auf die Beweislast und wäre auf selbige zu beschränken [17]).

Dem Grundsatz eine größere Ausdehnung zu geben, und den Beklagten, insoferne er durch Einreden sich schützt, einem Kläger überhaupt gleichzustellen, ihn als einen solchen anzusehen, der seinen Gegner mit Einreden, als wären es Waffen zum Angriff, bekämpft, dafür spricht allenfalls der Umstand, daß jener Grundsatz: *reus in exceptione actor est*, im Titel der Pandecten, der von Einreden handelt, wie gesagt, ganz vorangestellt ist. An diesem Argument findet der allgemein lautende Ausdruck eine Stütze, die nur schwach ist.

Ohne in einer Sache, worüber sich mit Sicherheit nichts sagen läßt, zu entscheiden, finde ich und findet der Leser vielleicht mit mir, daß die ganze Ansicht in ihrer Allgemeinheit ohne Werth ist, indem dadurch nicht das Geringste gewonnen wird; sie schadet vielmehr und führt uns nur irre; indem wir nicht wissen können, eine wie große Ausdehnung wir ihr geben sollen. Die Wissenschaft kann sie gar gut entbehren; sie ist ihr nur zur Last. Besser ist es, der natürlichen Ansicht zu folgen, und sich darauf zu beschränken, eine Klage wie eine Klage anzusehen und eine Einrede wie eine Einrede.

---

neraliter in praejudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit. S. auch L. 14. D. de probat. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. L. 7. §. 5. D. de liberali causa. Weber Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, 2r Theil §. 1888 S. 449.

[16]) L. 9. D. eod.

[17]) Wirklich behauptet dies auch Lauterbach. Coll. theor. pract. lib. 44. tit. 1. §. 6.

# V.

# Abhandlungen,

die

während des Drucks geschrieben sind.

---

## I.

# Vom verpfändeten Pfande.

(Meine Abhandlung über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts S. 21 folg. Meine Lehre vom Pfandrecht, zweite Auflage S. 78 folg.)

---

Die Lehre vom verpfändeten Pfande gehört zu den vielen im römischen Rechte, die im Nebel gehüllt sind. So viel man durch ihn hindurch sehen kann, der diesmal fast ein wenig dicht ist, dürfte die Verpfändung des Pfandes am Ende nichts anderes seyn, als eine besondere Art, wie eine ausstehende Forderung verpfändet wird. Es wird das Pfand, dadurch die Forderung und mit der Forderung das Pfandrecht verpfändet. Auf solche Art dient Beiden dieselbe Sache zum Pfande; dabei ist das Pfandrecht des zweiten Gläubigers von demjenigen des ersten abhängig, es ruht auf dem ersten, wie dieses auf der zugleich mit verpfändeten Forderung ruht — quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur — aber dem Range nach ist es das erste; denn, beim Zusammenstoßen

des zweiten Gläubigers mit dem ersten, geht jener diesem, also diesmal der jüngere dem ältern, vor [1]).

Ich habe diese Materie zwar schon früher und zu wiederholten Malen abgehandelt, will sie aber jetzt aufs Neue der strengsten Prüfung unterziehen. Die Schriften der Rechtsgelehrten, die sich über alltägliche Materien so ausführlich verbreiten, bieten über diese seltene und schwierige fast gar nichts dar, und namentlich wird eine Auseinandersetzung der Gründe, wie sie hier gegeben wird, überall vermißt.

Die Verpfändung des Pfandes kann aus verschiedenen Gesichtspuncten betrachtet werden.

Die erste Ansicht ist, der Gläubiger darf die Sache, die ihm verpfändet ist, weiter verpfänden. Sie ist zwar für ihn eine fremde Sache, und Niemand kann eine fremde Sache verpfänden; allein dieser Fall ist ausgenommen. Nicht nur das Eigenthum berechtigt zur Ertheilung eines Pfandrechts, sondern auch das Pfandrecht; während der Eigenthümer *jure dominii* verpfändet, ist der Gläubiger berechtigt, die Sache *jure pignoris* mit einem Pfandrecht zu belästigen.

Für diese Ansicht scheinen folgende Umstände zu sprechen:

1) ist in den meisten hieher gehörigen Stellen nur davon

---

[1]) *L.* 14. §. 3. *D. de divers. temporal. praescript.* Et si mihi pignori dederis, et ego eandem rem alii pignoravi, meus creditor utetur accessione tui temporis tam adversus extraneum, quam adversus te ipsum, quamdiu pecuniam mihi non exsolveris. Nam qui me potior est, quum ego te superaturus sim, multo magis adversus te obtinere debet. Sed si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur.

die Rede, daß der Gläubiger die Sache verpfänden könne;

2) kann ja auch derjenige, der eine Sache selbst nur gemiethet oder gepachtet hat, dieselbe weiter vermiethen oder verpachten; auf ähnliche Art, möchte man sagen, könne der Gläubiger die ihm verpfändete Sache weiter verpfänden.

Auf der andern Seite ist in Betrachtung zu ziehen:

1) daß des Pfandes gedacht wird mehr, als der Forderung, wofür es eingesetzt ist, dies läßt sich dadurch erklären, daß jenes, indem es dem Gläubiger hingegeben wird, zunächst in die Augen fällt und hervortritt, und der zweite Gläubiger, gleich dem ersten und an Stelle desselben, auch schon durch dieses, auf dem kürzesten Wege, zu seiner Befriedigung gelangen kann;

2) die Gesetze stellen die Regel auf, daß Niemand eine fremde Sache verpfänden könne [2]). Es finden zwar einige Ausnahmen von dieser Regel Statt, die dann auch als solche bezeichnet werden, indem in den hieher gehörigen Stellen die Regel anerkannt und die Einschränkung hinzugefügt wird [3]). Aber, wenn die Gesetze sagen, daß der Gläubiger das Pfand verpfänden könne, wird nicht an die Regel erinnert, daß Niemand eine fremde Sache verpfänden könne; die Verpfändung des Pfandes wird nicht als eine Einschränkung dieser Regel gegeben; auch läßt sie sich hinlänglich erklären, ohne daß man genöthigt wäre, hier eine dergleichen Ausnahme zu statuiren;

---

[2]) L. 2. L. 6. C. si aliena res pign.
[3]) L. 2. C. si aliena res pign. L. 1. pr. D. de pign. L. 16. §. 7. D. eod.

3) wenn Jemand eine Sache gemiethet oder gepachtet hat, so steht ihm der Gebrauch der Sache zu; der Gebrauch ist ihm abgetreten; er gehört ihm. Ueber den Gebrauch kann er, wie der Eigenthümer über die Sache selbst, verfügen; er kann ihn selbst ausüben, er kann ihn an Andre überlassen durch Verträge, die den Eigenthümer nicht angehen und wodurch bloß Rechtsverhältnisse unter den Contrahenten begründet werden. Allein, hier ist nicht vom Gebrauch der Sache, sondern von Rechten an der Sache selbst die Rede, die auch gegen dritte Personen, und sogar gegen den Eigenthümer sich wirksam zeigen sollen. Es ist daher sehr zu bezweifeln, ob beide Fälle auf gleichem Fuß zu behandeln sind; wiewohl nicht zu läugnen ist, daß es auch bei der Verpfändung dem Eigenthümer am Ende ziemlich gleichviel seyn kann, da das Recht des zweiten Gläubigers und die Ausübung desselben von denselben Bedingungen abhängig ist, unter denen dasjenige des ersten steht, ob der erste Gläubiger unmittelbar aus dem Pfande zu seiner Befriedigung gelangt, oder ob dies mittelbar dadurch geschieht, daß der zweite oder sein Gläubiger, und eben dadurch er selbst, der erste, befriedigt wird.

Die zweite Ansicht ist, der Gläubiger darf nicht die Sache, wohl aber das Recht, was ihm daran zusteht, — das Pfandrecht — weiter verpfänden. Nimmt man dieß an, so ist man zugleich genöthigt, anzunehmen, daß die Forderung, zu deren Bedeckung das Pfandrecht dienen soll, mit verpfändet sey. Ein in der Luft schwebendes Pfandrecht ist ohne Beispiel im römischen Recht; das Pfandrecht, als ein jus accessorium, bedarf einer Haltung an dem Hauptrecht, und zwar müssen beide bei einander, sie müssen in demselben

Subject vereinigt seyn und es kann nicht dem einen die Forderung und dem andern das, bloß zur Sicherheit dieser Forderung gegebene, Recht zustehen. Das Gegentheil kann nicht bewiesen werden durch die Möglichkeit der Verpfändung des Pfandes — das würde petitio principii seyn — und eben so wenig durch die Berufung auf eine Stelle des römischen Rechts, wornach, wer ein ganzes Grundstück vermacht, ohne den ihm nur verpfändeten Theil auszunehmen, auch diesen mit vermacht hat [4]). Dieser Satz ist so richtig, wie einer und wie z. B. der, daß in dem Ganzen die Theile sämmtlich begriffen sind; aber er gehört nicht hieher, denn es ist gar nicht die Rede davon, daß dem Vermächtnißnehmer das Pfandrecht zu Theil werden soll, was dem Erblasser zustand, — was hülfe ihm dieses ohne die Forderung? — sondern die Substanz der Sache, oder vielmehr auch dieses Theils derselben, in Ansehung dessen es nur zweifelhaft seyn konnte, ist ihm vermacht, weil sie, obwohl res aliena, nicht ausgenommen ist. Ein Vermächtniß dieser Art gilt, weil überhaupt die Verpfändung einer fremden Sache gültig ist; sie gilt nämlich mit der Wirkung, daß der Beschenkte das Vermächtniß vom Erben fordern kann und dieser entweder sie kaufen und jenem überliefern, oder, wenn sie dem Eigenthümer nicht feil ist, den Werth derselben vergüten muß [5]). Wie ein Vermächtniß einer fremden Sache überhaupt gilt, so gilt auch das Vermächtniß, was einen fremden Antheil an der Sache zum Gegenstande hat;

---

[4]) L. 68. pr. D. de leg. 3. Ausbeute von Nachforschungen u. s. w. Erster Theil S. 313.

[5]) §. 4. I. de legatis L. 39. §. 7. D. de leg. 1. L. 10. C. de legatis.

eben daher ist dieser in der Benennung des Ganzen begriffen, wenn er nicht ausdrücklich ausgenommen ist.

Nimmt man an, wie die Verpfändung des Pfandes nur eine besondere Art sey, die Forderung zu verpfänden — was für eine dritte Ansicht gelten kann, welche die beiden vorigen in sich vereinigt — so verschwinden auf einmal alle Schwierigkeiten. Man kann dann mit vollem Recht sagen, der Gläubiger dürfe das Pfand verpfänden; nur muß man dieß nicht als eine Ausnahme von der Regel, daß Niemand eine fremde Sache verpfänden dürfe, ansehen, wenigstens sie nicht in dieser Nacktheit als solche aufstellen; sondern durch die Verpfändung des Pfandes ist die Forderung verpfändet, und zugleich mit der Forderung das Pfand. Wie der zweite Gläubiger an Stelle des ersten die Forderung geltend machen darf, um unmittelbar, also darf er auch das Pfandrecht geltend machen, um mittelbar zu seiner Befriedigung zu gelangen. Die Verpfändung einer ausstehenden Forderung kann geradezu und ausdrücklich geschehen; sie kann aber auch auf eine Art geschehen, die auf den Willen, zu verpfänden, schließen läßt. Namentlich geschieht dies durch Verpfändung der Urkunde, welche über die ausstehende Forderung errichtet ist; man verpfändet den Schuldbrief und hat die Schuld verpfändet [6]). Auf ähnliche Art würde durch die Verpfändung des Pfandes die Forderung, zugleich mit dem Pfande, verpfändet seyn. Es ließe sich zwar daran zweifeln, ob in der Verpfändung des Pfandes die Absicht enthalten sey, die Forderung zu verpfänden, weil, wenigstens de facto, auch schon durch das Pfand allein der Zweck der Handlung — nämlich die gesicherte Befriedigung des Gläubigers — er-

---

[6]) L. 7. C. de hered. vel act. vend.

reicht werden kann; allein, man muß erwägen, daß beide in dem engsten Zusammenhange stehen, und besonders, daß der Gläubiger keine Macht hat, die fremde Sache zu verpfänden. Will er sie verpfänden, so muß er die Forderung mit verpfänden, und ebendaher ist dieß als beabsichtigt anzunehmen. Auf diese Art wird die Verpfändung des Pfandes in das Gebäude des römischen Rechts auf die sanfteste und schonendste Art eingefügt. Es wird nicht gegen die Natur des Pfandrechts, als eines juris accessorii, und auch nicht gegen den Grundsatz, daß Niemand eine fremde Sache verpfänden könne, verstoßen; sie, die bei andern Ansichten beide verletzt werden müßten, bleiben jetzt beide erhalten.

Einigermaßen möchte diese Ansicht schon dadurch bestätigt werden, daß von der Verpfändung des Pfandes ähnliche Ausdrücke, wie auch von der Verpfändung ausstehender Forderungen, gebraucht werden [7]). Der Ausdruck: *Placuit*, der in beiden Fällen gebraucht wird, deutet an, wie die Verpfändung des Pfandes, gleich derjenigen einer ausstehenden Forderung, ursprünglich auf den Ansichten römischer Rechtsgelehrten beruhe. Von diesen können wir schon a priori wissen, daß sie sich keinen Verstoß gegen die Rechtsgrundsätze erlaubt haben werden, vielmehr im Gegentheil werden sie die Verpfändung des Pfandes mit den Rechtsgrundsätzen in Einklang zu bringen gewußt, ja sie aus den

---

[7]) *L. 4. C. quae res pign.* Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, jam pridem placuit. — *L. 13. §. 2. D. de pign.* Cum pignore rem pignoratam accipi posse, placuerit: —. — *L. 1. C. si pign. pignori.* Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jam dudum placuit.

Grundsätzen der Verpfändung selbst hergeleitet haben, und dazu bietet sich nun kein anderer und besserer Ausweg dar, als anzunehmen, daß durch die Verpfändung des Pfandes zugleich auch die Forderung, die dadurch sicher gestellt werden soll, — die Forderung, die ihm, dem verpfändenden Gläubiger, zusteht, und worüber er verfügen kann — ja sie hauptsächlich, verpfändet sey.

Bestätigt wird dies ferner dadurch, daß der Schuldner dem zweiten Gläubiger, was der erste zu fordern hat, bezahlen, dadurch das Pfand frei machen, und es von dem zweiten Gläubiger abfordern kann [8]). Nach der Regel des Rechts kann der Schuldner nur seinem Gläubiger zahlen, und wird nur dann seiner Schuld entledigt, wenn er seinem Gläubiger zahlt; der Gläubiger seines Gläubigers ist aber sein Gläubiger nicht. Soll er ihm dennoch zahlen dürfen, so läßt sich dies nur dadurch erklären, daß ihm die Forderung verpfändet ist, er folglich ein jus exigendi gegen ihn hat. Indessen, so ganz sicher ist dies Argument nicht. Es würde sicher seyn und ausreichen, wenn jener eben angeführte Satz, man dürfe nur dem Gläubiger zahlen, wenn man seiner Schuld entledigt seyn will [9]), so fest stände, als er billig stehen sollte. So aber kommt hier, in der Gestalt einer exceptio doli, eine vermeintliche Billigkeit dem Schuldner zu Hülfe, der den Gläubiger nicht selbst, sondern dessen Gläubiger befriedigt hat [10]), und wenn auch nicht dieser Satz hier in Betrachtung gezogen ward, könnte es doch dem Schuldner zu Statten gekommen seyn, daß die Sache, die er einlöst, dem Gläubiger des Gläubigers, nämlich dem zwei-

---

[8]) L. 2. C. si pign. pignori.

[9]) L. 11. L. 12. C. de solut.

[10]) L. 6. D. de doli mali et metus exc.

ten Gläubiger, den er befriedigt, durch den ersten gültig verpfändet war.

Was aber diese Ansicht, die ich schon vor zwanzig Jahren — ich nicht allein und nicht zuerst — aufgestellt oder angenommen habe, hauptsächlich bestätigt, ist die Stelle des Marcianus [11]). Diese Stelle scheint denn doch deutlich zu ergeben, daß die Verpfändung des Pfandes, von der andere Stellen bloß ersehen lassen, daß sie gültig geschehen könne und für den zweiten Gläubiger dieselben Rechte hervorbringe, wie für den ersten, eine stillschweigende Verpfändung der Forderung in sich schließe. Die Stelle giebt den Schlüssel an die Hand zu dem, was sonst räthselhaft bleiben würde. Während die übrigen Stellen nichts als die nackten Rechtssätze enthalten, entdecken wir, wie durch einen Zufall, bei Marcianus die Quelle, woraus sie entsprungen sind; er läßt uns die feinen Fäden erblicken, an denen jene Sätze mit dem Rechtssystem zusammenhängen.

In der Stelle kommen zuvörderst die Worte vor:

— potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine, utilis actio danda sit an non.

Accursius nahm an, statt:

nummorum *solutorum*

müsse gelesen werden:

*solvendorum.*

Hiergegen habe ich mich schon früher erklärt, und eine Verbesserung verworfen, die, willkührlich an sich, sogleich noch eine zweite nöthig machen würde. Jetzt finde ich, daß Petrus Pithoeus zwar nicht die Lesart verändern will; er

---

[11]) L. 13. §. 2. D. de pign.

glaubt indessen, nummorum *solutorum* stehe hier statt *solvendorum*; durch eine sogenannte enallage temporis sey das Eine für das Andre gesetzt [12]). Ich lasse es dahingestellt seyn, ob ähnliche Beispiele von absichtlichen Wortverwechselungen dieser Art vorkommen, finde es aber höchst unwahrscheinlich, daß gerade hier eine solche vorhanden sey. Hätte der römische Rechtsgelehrte die Frage untersuchen wollen, ob der zweite Gläubiger die Schuld vom Schuldner (dem ersten) beitreiben könne, so würde er wohl schwerlich die Frage so ausgedrückt haben, ob dem zweiten Gläubiger:

eine actio utilis *nummorum solvendorum* (oder statt dessen solutorum) *nomine*

zustehe. Ich verkenne zwar meinen eigenen Vortheil, indem ich diese Erklärung der Glosse und des P. Pithoeus verwerfe, denn meine Ansicht würde dadurch noch mehr bestätigt werden; indessen bestätigt wird sie auch, wenn man die gewöhnliche Lesart beibehält und keine Wortverwechselung statuirt.

Ganz in dem natürlichen, einfachen Sinn, welchen die Worte an die Hand geben, hat sie auch Merillius von einer dem ersten Gläubiger geleisteten Zahlung und daß nun die Frage gewesen, ob dem zweiten zur Erlangung des Bezahlten eine Klage zustehe, verstanden. Seine Erklärung weicht aber von der meinigen ab. Nach ihm soll die Meinung des Marcianus, indem er sich zur Entscheidung der aufgeworfenen Frage auf Pomponius beruft, dahin gehen, daß der Fall, den Pomponius entscheidet, demjenigen, wo-

[12]) Excerpta quaedam ex adversariis *Petri Pithoei* Icti, quae ad jus romanum pertinent, ex editione Caroli Annibalis *Fabroti*, Icti (*Meermann* novus thesaurus juris civilis et canonici P. 1. p. 353.)

wovon in der Aufgabe die Rede war, unähnlich sey. Marcianus habe wissen wollen, ob das, was der Schuldner dem ersten Gläubiger bezahlt habe, dem zweiten verhaftet sey, so, als wäre es in die Stelle des verpfändeten Objects getreten. Bei Beantwortung dieser Frage müsse man unterscheiden, ob Geld oder eine andre Sache gegeben sey. Bei jenem komme es nur auf die Größe, nicht auf das Individuum, an. Die Frage selbst werde dann durch einen Ausspruch des Pomponius, als welcher einen entgegengesetzten Fall entscheide, *ex dissimili* beantwortet. In dem Fall bei Pomponius habe der Schuldner dem zweiten Gläubiger Zahlung geleistet, hingegen in dem andern Fall, den Marcianus zur Entscheidung aufgiebt, dem ersten. Nur darin kommen beide überein, daß, wenn (bei der verpfändeten Forderung) der zweite Gläubiger Geld beigetrieben hat, er es behält und abrechnet, es ihm nicht zum Pfande dient, wie eine andre Sache, die er beigetrieben hat. Eben so behalte auch (beim verpfändeten Pfande) der erste Gläubiger das erhobene Geld und es diene dem zweiten nicht zum Pfande; wenn er aber eine andre Sache — ein corpus — an Zahlungsstatt empfangen habe, diese sey dem zweiten Gläubiger verhaftet, sie diene ihm zum Pfande und trete in die Stelle des ersten [13]).

An dieser, so sehr gekünstelten, Erklärung wird wohl Niemand großen Gefallen finden. Es ist schon an sich nicht wahrscheinlich, daß Marcianus sich in der Absicht auf den Ausspruch des Pomponius berufen haben sollte, weil sein Fall demjenigen des Pomponius unähnlich, weil er nach entgegengesetzten Grundsätzen oder *ex dissimili* zu entschei-

---

[13]) *Merillii* observat. lib. 7. cap. 35.

den sey, wenigstens hätte doch dies auf irgend eine Art angedeutet werden müssen. Viel näher liegt es, anzunehmen, daß der Fall, den Marcianus entscheiden wollte, dem von Pomponius entschiedenen ähnlich, und noch näher, daß es derselbe sey. Auch würde Merillius wohl schwerlich auf jene wunderliche Erklärung gerathen seyn, wenn er nur darauf verfallen wäre, daß durch die Verpfändung des Pfandes die Forderung verpfändet sey, und also in beiden Fällen, da sie dieselben sind, auch dieselben Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen müssen.

Anzunehmen, daß dies die Meinung des Marcianus gewesen sey, berechtigen uns dringende Gründe, welche die Stelle selbst an die Hand giebt. Schon die ganze Frage, welche Marcianus aufwirft, ob der zweite Gläubiger, im Fall der erste befriedigt wird, Ansprache auf das zur Bezahlung Empfangene, sey es Geld oder eine andre Sache, machen könne, hätte gar nicht aufgeworfen und mit dieser Unterscheidung zwischen Geld und einer andern Sache beantwortet werden können, wenn das Recht des zweiten Gläubigers auf das zur Sicherheit der Forderung gegebene Pfand beschränkt wäre und auf die Forderung selbst sich nicht erstreckte. Alles, was in der Entscheidung enthalten ist, bezieht sich auf die verpfändete Forderung, nicht aber auf das gegebene Pfand, welches durch die Tilgung der Verbindlichkeit, sowohl für den ersten, als zweiten Gläubiger, aufgehört hat, verpfändet zu seyn. Von jetzt an haben beide gar kein Recht mehr am Pfande; wohl aber steht dem zweiten Gläubiger, kraft dieser Stelle, ein Recht zu an der verpfändeten Forderung, oder vielmehr, da auch diese getilgt und erloschen ist, an dem noch vorhandenen Object derselben, nämlich an dem, was der erste Gläubiger

zu fordern hatte und nun an ihn bezahlt ist. Ganz ausdrücklich wird gesagt, das Object, nicht das verpfändete, sondern das Object der Forderung bleibe *apud secundum creditorem* als Pfand, wenn es ein corpus ist, grade, wie bei der verpfändeten Forderung. Wie könnte das Object der Forderung ihm zum Pfande dienen, wenn ihm nicht die Forderung selbst verpfändet wäre? Daß beim verpfändeten Pfande, wenn die Forderung beigetrieben wird, das Object derselben an die Stelle des verpfändeten Pfandes trete, wie Merillius behauptet, dies könnte doch eben nur dadurch erklärt und gerechtfertigt werden, daß dem Gläubiger die Forderung selbst verpfändet war. Wenn das Object der Verbindlichkeit eine Geldsumme war, so könne, bemerkt Marcianus unter Berufung auf Pomponius, der Gläubiger *exacta ea* — oder, nach einer andern Lesart, *exactam eam* — secum pensaturum. Ist hier unter dem Gläubiger ohne weitern Beisatz wieder der zweite gemeint, und es kann nicht wohl anders seyn, so leidet es vollends keinen Zweifel, daß ihm die Forderung verpfändet sey; es wird ihm ja ein jus exigendi mit dürren Worten beigelegt. Ueberhaupt, man mag sich wenden, wie man will, man mag die Stelle so oft und so scharf und von welcher Seite man will, betrachten, so viel scheint klar zu seyn, daß nach der (für uns wie ein Gesetz geltenden) Meinung des Marcianus, welcher ohne Weiteres, was Pomponius vom verpfändeten Nomen lehrt, hier anwendet, und zwar so, als sey es für diesen Fall mitgeschrieben, durch die Verpfändung des Pfandes die Forderung verpfändet sey; ganz so drückt er sich aus, daß man ihm diese Meinung beilegen muß, und dabei sieht er dies als etwas sich von selbst Verstehendes und was Jeder

wisse, an, wozu er auch nach dem, was unter den Rechtsgelehrten seiner Zeit angenommen war, guten Grund gehabt haben wird.

Aber, ich muß meine Meinung auch noch durch Auctoritäten zu bestärken suchen; vielleicht werde ich ihr dadurch besser Eingang verschaffen. Schon früher habe ich gewiegte Rechtsgelehrte als solche angeführt, nämlich Westphal und Bolley. Jetzt habe ich in alten Büchern gesucht, ob ich nicht deren noch mehr finden könnte. Und siehe, ich fand bei Petrus Costalius [14]) folgende Stelle:

> Igitur ex specie, quae proponitur, cum sub pignore mihi centum deberes et idem pignus a te mihi datum, Maevio accepta aliqua pecunia oppignoro, *prope est, ut Maevio, secundo creditori, actio utilis in te detur*, ad servandum creditum suum etc.

Auch Paul v. Buysen kann zu denjenigen gezählt werden, welche durch das Pfand die Forderung als verpfändet ansehen. Ein verpfändetes Nomen und ein verpfändetes Pfand geht bei ihm, wie es scheint, pari passu. Er scheint indessen die Stelle des Marcianus doch etwas anders verstanden zu haben. Nämlich er hat die darin vorkommenden Worte: *Quodsi dominus solverit pecuniam* von einer dem zweiten Gläubiger geleisteten Zahlung, und den gleich folgenden Zweifel, *numquid creditori nummorum solutorum nomine, utilis actio danda sit an non*, von einer Klage des ersten Gläubigers gegen den zweiten verstanden. Auch so verstanden, würde meine Theorie durch diese Stelle bestätigt, ja noch mehr bestätigt werden; doch

---

[14]) in Adversariis p. 522.

ziehe ich meine Auslegung vor [15]). Dem Costalius und P. v. Buysen stimmt bei Oosterga [16]). Connanus erklärte die Stelle schon vor Paul v. Buysen so, wie dieser [17]). Dionysius Gothofredus hat die Stelle so verstanden, daß der zweite Gläubiger die Zahlung empfing und das Empfangene dem ersten abrechnet, oder es als Pfand behält, je nachdem es Geld oder eine andre Sache war [18]).

---

# II.

## Vom Zeugniß eines Unterhändlers.

An die Spitze dieser Abhandlung glaube ich als Axiom stellen zu dürfen, wie ohne ein ausdrückliches Gesetz kein Richter berechtigt sey, einen Zeugen, der seine fünf Sinne hat, vom Zeugniß gänzlich auszuschließen. Ja, wenn ich mir schon gleich zu Anfange eine kleine Abschweifung erlauben dürfte, es kann selbst einer oder der andre an der Zahl fehlen, und der Zeuge ist dennoch nicht verwerflich. Soll er durchaus verwerflich seyn, so muß ihm derjenige Sinn fehlen, der nach Beschaffenheit der Sache nöthig war, die Wahrnehmung zu machen, worüber sein Zeugniß begehrt wird.

15) *P. v. Buysen* ad L. 13. D. de pign. (Com. in Pand. tom. 2. p. 12 et 13.)

16) *Cyprianus Regnerus ab Oosterga* disputationes juridicae p. 139. 140.

17) *Franc. Connani* Com. jur. civ. lib. 4. cap. 13. nr. 5.

18) *D. Gothofredus* in notis ad l. 13. § 2. D. de pign.

Ein Blinder kann z. B. Zeugniß ablegen über das, was er gehört hat, sein Zeugniß ist wenigstens nicht ganz zu verwerfen [1]), ein Tauber über das, was er gesehen hat, und ein Stummer, der dem Richter nicht sagen kann, was er gesehen oder gehört hat, kann durch die Schrift, oder wenn er nicht schreiben kann, durch Zeichen dem Richter antworten und Zeugniß ablegen. Wir sehen also: nur die Natur kann Jemanden vom Zeugniß ausschließen oder das Gesetz, nicht aber kann es der Richter. Dieser handelt höchst unerlaubt, wenn er einen Zeugen, der von Natur fähig ist, Zeugniß abzulegen, ohne ein ausdrückliches Gesetz verwirft, dadurch dem streitenden Theil das Mittel, sein Recht zu beweisen, und mithin das Recht selbst entzieht. Die Alten gaben die Regel, welche in der Natur der Sache wohl gegründet ist: *Omnes testes esse possunt, qui natura non impediuntur, nec lege prohibentur* [2]). Nur schade, daß sie selbst dieser Regel nicht immer eingedenk sind und daß sie wenigstens oft Personen als vom Gesetz verworfen aufführen, die es bei sorgfältiger Prüfung nicht sind. Statt, daß sie, gleich dem Richter, mehr hätten geneigt seyn sollen, einen von Natur fähigen Zeugen zuzulassen, bewiesen sie sich

---

[1]) *Stryck* de jure sensuum diss. 2. cap. 4. nr. 22 seq.

[2]) *Lauterbach* Coll. theor. pract. tit. de testibus §. 11. Es bemerkt auch *Mevius* P. 7. dec. 116: Non enim a testimoniis sine expresso jure quenquam excludere judici licet. Est quippe, setzt er Note 2 hinzu, de genere permissorum, testimonium dicere, quod potest, qui non expresse jure prohibetur. L. 12. D. de judiciis. Et favor probationum magnus atque causa est, ut amplientur, non coangustentur.

Ebenderselbe lehrt: In dubio testis admitti potius, quam excludi, postea quid fidei habet, examinari debet. *Mev.* P. 2. dec. 6 nr. 9.

öfters mehr geneigt, ihn zu verwerfen, oder, sie nahmen es doch mit der Verwerfung viel zu leicht. Selbst der Gesetzgeber sollte sich lange bedenken, ehe er irgend einen Menschen für gänzlich unfähig erklärt, in einer Sache ein Zeugniß abzulegen, wenn dieser Mensch anders mit gesunden Sinnen begabt ist. Man sollte die Zeugen, der Regel nach, wenigstens immer erst hören, ehe man sie verwirft. Das Verhör selbst kann Gründe zur Glaubwürdigkeit an die Hand geben, gleichwie auf der andern Seite auch Gründe zum Verdacht daraus hervorgehen können [3], und Zeugen, denen man am wenigsten trauet, beweisen sich bei der Abhörung nicht selten am gewissenhaftesten.

Zu den vielen Personen, die hin und wieder in den Schriften der Rechtsgelehrten als unfähig zur Ablegung eines Zeugnisses aufgeführt werden, gehört auch der Unterhändler. Die Natur der Sache giebt keinen hinlänglichen Grund an die Hand, weshalb dieser nicht Zeuge seyn dürfte. Warum sollte er nicht über dasjenige befragt werden können, was bei den Unterhandlungen, bei denen er gebraucht ward, und wovon Niemand eine bessere Kenntniß haben kann, als er, zur Sprache gekommen und auf das Zustandekommen des Handels u. s. w. von Einfluß gewesen ist, oder wozu der Eine gegen den Andern sich bereit erklärt hat, überhaupt über Alles, was ihm bei Gelegenheit seiner Function bekannt geworden und ihm nicht grade als ein Geheimniß oder unter dem Siegel der Verschwiegenheit mitgetheilt ist? Ein Gesetz, was ihn von der Fähigkeit zur Ablegung eines Zeugnisses ausschlösse, gibt es nicht, und wenn jene

---

[3]) L. 3. §. I. D. de testibus. cap. 3. X. de probat. cap. 24. X. de testibus.

Regel richtig ist, welche die Rechtsgelehrten selbst an die Hand geben: *Omnes testes esse possunt, qui natura non impediuntur, nec lege prohibentur*, so getraue ich mir bis zur höchsten Evidenz zu zeigen, daß ein Unterhändler so gut ein tüchtiger Zeuge sey, als einer.

Der Sitz dessen, was über das Zeugniß eines Proxeneten von den Rechtsgelehrten gelehrt wird, ist die Novelle 90 cap. 8.

Es ist überhaupt sehr die Frage, ob unter dem, was Justinian μεσίται und die versio vulgata *mediatores* nennt, *Unterhändler* zu verstehen sind. Gestützt auf eine Stelle des *Harmenopulus* [4]), erklärt *Cujacius* den Ausdruck durch *Schiedsleute*, die zum Behuf eines Vergleichs von den Partheien bei streitigen Ansprüchen erwählt sind.

Wenn man aber auch der gewöhnlichen Lehre folgt, welche annimmt, daß *Unterhändler* gemeint sind, so darf man nur seine Augen gebrauchen, um auf der Stelle zu finden, daß durchaus davon nicht die Rede sey, einen Unterhändler *vom Zeugniß auszuschließen. Vielmehr giebt im Gegentheil gerade diese Stelle deutlich zu erkennen, daß er zum Zeugniß zuzulassen sey. Er soll nur nicht wider seinen Willen gezwungen werden können, Zeugniß abzulegen, oder vielmehr, er, der vermöge eines ältern Gesetzes, worauf Justinian sich bezieht, was wir aber nicht mehr haben, vom Zwange frei ist, soll ausnahmsweise in dem Fall gezwungen werden, wenn Beide es verlangen. Wäre er unfähig, so könnte ja gar die Rede nicht davon seyn, daß er*

---

[4]) epitom. lib. I.

zur Ablegung eines Zeugnisses gezwungen werden könne. Vor Justinian konnten Zeugen in Civilsachen nicht zur Ablegung ihres Zeugnisses gezwungen werden; Justinian änderte dieses; nach seiner Verordnung sollen Zeugen jetzt auch wider ihren Willen, auch in Civilsachen, Zeugniß ablegen [5]). Befreiet von diesem Zwange sind die μεσίται oder mediatores, die aber, vermöge jener Stelle der Nov. 90 cap. 8, ausnahmsweise auch zur Ablegung des Zeugnisses gezwungen werden sollen, wenn beide Theile es verlangen [6]). Die Novelle spricht also von dem gegen den Zeugen nöthigenfalls anzuwendenden Zwange; so haben sie von jeher alle bessern Ausleger verstanden [7]). Auch schon die Glosse erklärt die Stelle bloß von einem gegen den Unterhändler Statt findenden, oder, nach Umständen, auch nicht Statt findenden Zwange, aber, daß ein Zeugniß eines Unterhändlers ungültig, er selbst ein unfähiger oder auch nur verdächtiger Zeuge seyn sollte, davon sagt sie kein Wort. Indessen giebt die Stelle durch ein argumentum a contrario den Rechtssatz an die Hand, daß, wenn ein Zeuge dieser Art sich nicht weigert, er ohne Weiteres zum Zeugniß zuzulassen sey.

Zu denjenigen, welche die Nov. 90 cap. 8 nur von einem gegen den Unterhändler Statt findenden Zwange erklären, gehört auch Leyser [8]). Er macht aber einen Unterschied zwischen einem einseitigen und einem zweiseitigen Proxeneten. Von diesem letztern sey in der Novelle die Rede, und er zur Ablegung eines Zeugnisses völlig fähig,

---

[5]) L. 16. L. 19. C. de testibus.

[6]) S. *Rittershusen* expositio novellarum P. 9. cap. 22. nr. 24 seq.

[7]) S. *Rittershusen* c. l. — *Voet* ad tit. D. de testibus nr. 8.

[8]) spec. 681 medd. 9 et 10.

ein testis omni exceptione major. Allein der einseitige sey unfähig und zwar vermöge einer Stelle in den Pandecten, die laut der Ueberschrift von Arcadius herrührt, und folgendermaßen lautet:

*L. 25. D. de testibus.*

> Mandatis cavetur, ut Praesides attendant, ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant: *Quod et in executoribus negotiorum observandum est.*

Diese letzten Worte sind es, worauf es hier ankömmt, die Leyser hervorhebt, und worauf er ein so großes Gewicht legt, ob sie gleich, wie wir sogleich sehen werden, gar nicht hieher gehören.

Zuvörderst scheint mir der ganze Unterschied zwischen einem einseitigen und zweiseitigen Unterhändler wenig gegründet zu seyn. Ein wirklicher Unterhändler ist immer — wenn es doch so heißen soll — ein zweiseitiger, oder vielmehr, gemeinschaftlicher. Denn, wenn der eine der beiden Contrahenten ihn auch zuerst als seinen Bevollmächtigten gebraucht hat, so wird er doch, wenn der andre sich mit ihm einläßt, ihm Erklärungen macht, die er dem andern hinterbringen soll, wenn er zwischen beiden hin- und hergeht, bald von diesem an jenen, bald von jenem an diesen etwas zu bestellen hat, er wird also dadurch, was er zu Anfange nicht war, auch der Bevollmächtigte des andern. Ja, wie könnte Jemand überhaupt ein gemeinschaftlicher Unterhändler geworden seyn, wenn er es nicht eben auf diesem Wege geworden ist?

Gesetzt aber, jener Unterschied wäre gegründet und es gäbe wirklich Unterhändler, die nur dem Einen dienen und von andern, die Beiden dienen, verschieden sind, so fehlt es

doch

doch abermals an einem Gesetz, was einen solchen sogenannten einseitigen Unterhändler von der Fähigkeit, ein Zeugniß abzulegen, ausgeschlossen hätte. Denn die angeführte Pandectenstelle thut es nicht; sie nennt ihn so wenig, als wenig er unter einem andern Ausdruck begriffen ist.

Unter dem *executor negotii* ist ganz etwas Anderes zu verstehen, als ein Unterhändler oder Bevollmächtigter. Die Ausleger sagen, es sey darunter ein Syndicus, ein Tutor, ein Curator und dergleichen (et similes) zu verstehen [9]. Allein, wie läßt es sich wohl glauben, daß der römische Rechtsgelehrte alle diese Personen in einen Topf geworfen und sie mit einem so wunderbaren und unpassenden Ausdrucke bezeichnet haben sollte? Wahrscheinlich haben Leyser, Brunnemann u. s. w. gedacht, ein executor negotii sey überhaupt ein Beauftragter, weil dieser ein ihm übertragenes Geschäft ausrichtet, und wirklich sagt Lauterbach [10], es sey darunter jeder *administrator negotiorum* zu verstehen und alle, von denen man sagen könne, daß sie fremde Geschäfte verwalten, seyen unter dem allgemeinen Ausdruck begriffen. Allein, wird man es wahrscheinlich finden, daß Arcadius, auf die Gefahr, nicht verstanden zu werden, sich für eine so gewöhnliche Sache eines so ungewöhnlichen Ausdrucks bedient haben sollte? Wäre diese Auslegung auch nicht so unpassend, wie sie ist, so muß man doch wenigstens fragen, woher wissen denn die Ausleger, daß Arcadius unter dem *executor negotii* einen Syndicus, einen Tutor u. s. w., überhaupt einen Verwalter fremder Geschäfte, gemeint hat, und womit

---

9) S. *Brunnemann* ad L. ult. D. de testibus.

10) Coll. theor. pract. tit. de testib. §. 26.

beweisen sie es? — Das ist nicht die beste Art, Gesetze auszulegen, wenn man das, was einem im ersten Augenblick einfällt, sogleich für richtig annimmt und es ohne weitere Prüfung als ausgemachte Wahrheit aufstellt. Wer sich nur einigermaßen auf das Auslegen versteht, und im römischen Recht kein Fremdling ist, wird, wenn er die Stelle aufmerksam betrachtet, sogleich auf die Vermuthung gerathen, daß der executor negotii ein römischer Kunstausdruck sey, womit gewisse Personen bezeichnet werden, die in dem Prozeß, in dem Rechtsstreit, worin ihr Zeugniß begehrt wird, thätig gewesen. Die Stelle handelt von Advocaten, denen sie die Fähigkeit abspricht, ein Zeugniß in der Sache abzulegen, die sie vertheidigt haben, und dann wird am Ende hinzugesetzt:

> Quod et in executoribus negotiorum observandum est.

Dieser Umstand, daß nämlich hauptsächlich von Advocaten hier die Rede ist, läßt vermuthen, daß die mit ihnen zusammengestellten *executores negotiorum* eine ähnliche Function haben. Die Aehnlichkeit besteht darin, daß beide bei Gericht und in einem Rechtsstreit beschäftigt, daß sie es in diesem gewesen sind und erst auf diese Veranlassung eine Kenntniß von gewissen Thatsachen erlangt haben. *Negotium* hat unter Anderem bekanntlich auch die Bedeutung, daß es einen Rechtsstreit bedeutet [11]) und *executor negotii* ist daher derjenige, der in einem Rechtsstreit mit dem Vollziehen beauftragt ist, kurz, was wir auch im Deutschen, mit unnütz erborgtem Ausdruck, einen Executor nennen. Diesem stand bei den Römern, wie es scheint, in

[11]) *Brisson* de Verb. Sign. h. v. nr. 6.

gewissen Fällen eine Art von Untersuchung zu, denn es heißt von ihm *L. ult. C. de judiciis:*

executor negotii, cui mandata est hujusmodi causae examinatio.

Donellus meint, unter dem *executor negotii* sey der *judex pedaneus* zu verstehen [12]), und diese Worte scheinen seine Meinung zu begründen. Allein, wenn man sie näher betrachtet, wenn man auf den Zusammenhang sieht, worin sie vorkommen, und besonders, wenn man die Schlußworte erwägt, so muß man der Meinung beipflichten, die Schulting aufstellt, daß nämlich der Vollzieher im Proceß gemeint sey. Von ihm wird nicht gesagt, daß ihm die Untersuchung der ganzen Sache übertragen sey, sondern *hujusmodi* causae d. h. nach dem Vorhergehenden, die Untersuchung darüber, ob bei der Wahl des Arbiter alles, was das Gesetz vorschreibt, beobachtet worden [13]).

Auf allen Fall sieht man so viel, daß unter dem *executor negotii* an keinen Syndicus, Tutor, Curator oder gar Unterhändler oder Bevollmächtigten zu denken sey, und daß alle diese von der wahren Bedeutung des Worts himmelweit verschieden sind. Wäre jeder Bevollmächtigte zur Ablegung eines Zeugnisses unfähig, so dürfte kein Bote als Zeuge vernommen werden und keinem Gerichtsdiener dürfte geglaubt werden.

So wenig es hiernach irgend einigen Zweifel leiden kann, daß, nach römischem Recht, der Unterhändler Zeuge seyn könne, so giebt es doch ein Paar Stellen des canoni-

---

12) *Donell.* com. jur. civil. lib. 17. cap. 25

13) *Schulting* de recusatione judicis suspecti cap. 12. §. 2. (Commentatt. academicae vol. I. p. 146 sq.)

schen, welche die Sache einigermaßen zweifelhaft machen. Die Ausleger pflegen sich indessen nicht auf sie, sondern bloß auf Stellen des römischen zu berufen; nur J. H. Böhmer führt sie an und beruft sich, ganz verschieden von andern Auslegern, auf sie und bloß auf sie [14]). Allein, obgleich er das Zeugniß des Unterhändlers, nach canonischem Recht, verwerflich findet, fügt er doch solche Einschränkungen hinzu, daß man wohl sieht, wie, nach ihm, der Richter dennoch genöthigt seyn würde, in den meisten Fällen es zuzulassen. Jene Stellen sind:

c. 3. C. 4 qu. 3 und

cap. 1. de testibus in sexto.

Die erstere Stelle ist leicht bei Seite geschafft. Sie wiederholt nur mit denselben Worten, was Arcadius uns lehrt.

Wichtiger ist die zweite, welche also lautet:

Mediatores, per quos scelus simoniae plerumque committitur, ad testimonium contra sceleris ejusdem auctores, in detestationem criminis ejusdem admittuntur, si non agatur criminaliter, sed civiliter et emolumentum exinde non fuerint adsecuti.

Nach dieser Stelle, scheint es, müsse man annehmen, der Unterhändler könne, der Regel nach, nicht zum Zeugen aufgerufen werden. Denn, er soll ja nur ausnahmsweise in dem Fall zugelassen werden, wenn durch seine Vermittelung ein Verbrechen und zwar der Simonie begangen ist. Es scheint hier folglich die Regel Anwendung zu finden: Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

---

[14]) *J. H. Böhmer* jus eccles. Protest. lib. 2. tit. 20. §. 20.

Allein 1) jene Regel, wovon das canonische Recht eine Ausnahme gemacht haben soll, ist durch das canonische Recht selbst nicht gegeben, sondern man könnte nur etwa sagen, es werde hier vorausgesetzt, daß eine solche Regel im römischen Recht enthalten sey. Die Voraussetzung bewährt sich aber, wie wir gesehen haben, nicht. Das canonische Recht würde also nicht eine Regel aufgestellt, sondern nur eine irrige Meinung über das Daseyn einer solchen offenbart, oder vielmehr, Unwissenheit oder Irrthum in dieser Hinsicht verrathen haben.

2) Könnte aus jener Stelle nur überhaupt der Satz hergeleitet werden, daß der Unterhändler nicht zum Zeugniß gegen denjenigen, der ihn als Unterhändler gebraucht hat, zuzulassen sey. Denn, nur von einem Zeugniß gegen denjenigen, der ihn als Unterhändler gebraucht hat, was ausnahmsweise zuzulassen sey, ist hier die Rede.

3) Ist es gar nicht die Meinung des canonischen Rechts gewesen, eine Ausnahme von jener Regel zu machen, daß ein Unterhändler nicht zum Zeugniß zuzulassen sey — eine solche Regel gibt es weder im römischen noch im canonischen Recht, — sondern von einer andern, die im canonischen wirklich enthalten ist und so lautet: Kein Mitschuldiger kann gegen den andern als Zeuge gebraucht werden [15]). Dies wird bestätigt durch die vorangeschickte Summa, welche also lautet:

> *Socius in crimine simoniae admittitur in testem*, si sit socius criminis tantum et agatur civiliter: *alias non.*

---

[15]) cap. 10. X. de testibus.

Also ist auch im canonischen Recht für die hier bestrittene Lehre kein Heil zu finden. Nicht das Zeugniß des Unterhändlers ist verwerflich, wohl aber die Lehre von der Verwerflichkeit desselben.

Selbst diejenigen, welche das Zeugniß eines Unterhändlers verwerfen, nehmen an, er sey zulässig, wenn der Gegner keine Einwendungen gegen ihn mache, nur ex officio könne der Richter ihn nicht verwerfen [16]). Sie lehren ferner, er sey zulässig, wenn er über Begebenheiten, Aeußerungen u. s. w. Zeugniß ablegen soll, die nicht zur Eingehung des Handels selbst gehören, sondern der Eingehung vorhergingen oder darauf folgten. Admittitur proxeneta in iis, quae ipsam perfectionem negotii non concernunt, quae vel praecesserunt contractum, vel quae sequuntur illum [17]). Diese Rechtsgelehrten sind sich selbst nicht getreu. Wenn man einmal den Unterhändler für einen unzulässigen Zeugen erklärt, so sollte man auch dem Richter die Macht nicht entziehen, zur Vermeidung einer unnützen Handlung, ihn schon ex officio zu verwerfen, wie es in andern dergleichen Fällen oder bei andern dergleichen Zeugen auch geschieht [18]).

---

[16]) *Struv.* syntagma tom. 2. tit. de testibus p. 260.

[17]) *Struv.* c. l.

[18]) Es ist freilich unter den Alten überhaupt so ausgemacht nicht, daß unfähige Zeugen ex officio zu verwerfen seyen. Mevius behauptet auch (P. 7. dec. 75.), ex officio könne der Richter keine unfähigen Zeugen verwerfen. Nulla facta exceptione, judex indiscriminatim nominatos admittit. Und setzt Note 1 hinzu: omissio exceptionis tacitam continet approbationem, non quidem in totum, sed in tantum, ut examinari queant. Dies lautet freilich ganz verschieden von dem, was heut' zu Tage angenommen ist, und z. B. Schaumburg (Princ. praxeos jur. jud. lib. 1. sect. 1. membr 3. cap. 2. §. 2 nota *) lehrt. In-

Anders wäre es freilich, wenn es noch gar nicht ausgemacht ist, daß dieser Unterhändler gewesen sey, der Gegner selbst es vielleicht nicht einmal behauptet hätte; dann müßte wenigstens der Einwand dieses Gegners erwartet und in zweifelhaften Fällen der Unterhändler zugelassen werden. Man sollte ferner dem Unterhändler, wenn er keinen Glauben verdient, grade in Ansehung der Unterhandlungen nicht trauen. Diese sind es eben, die ihn zum Unterhändler machen, und wer den Unterhändler für unfähig erklärt, Zeuge zu seyn, hat eben dadurch ausgesagt, daß ihm in Ansehung der Unterhandlungen nicht zu trauen sey; er steht folglich mit sich selbst in Widerspruch, wenn er gleich hinterher das Gegentheil behauptet. Wohl aber würde ein Unterhändler auf allen Fall in Ansehung derjenigen Begebenheiten, Aeußerungen u. s. w. Glauben verdienen, die sich zu einer Zeit ereigneten, da die Unterhandlungen noch nicht ihren Anfang genommen hatten, da er noch kein Unterhändler war, sollten sie auch mit dem eingegangenen Handel in Verbindung stehen oder Beziehung darauf haben, dieser dadurch eingeleitet, vorbereitet u. s. w. seyn. Kurz, was seiner Unterhändlerschaft vorherging, dieses würde er immer gültig bezeugen können.

Aber, die ganze Lehre von der Verwerflichkeit des Zeug-

---

dessen ist doch noch sehr die Frage, ob die Lehre der Alten so ganz verwerflich gewesen sey. Wenn die Zeugen völlig unfähig sind, so scheint es freilich eine zwecklose Handlung zu seyn, sie abzuhören. Indessen, im Fall diese Unfähigkeit keine absolute ist, sondern nur aus einem hohen Grad von Verdächtigkeit entspringt, könnte Verzichtleistung des Gegners hier allerdings von Einfluß seyn. Der Zeuge ist nur verdächtig, wenn er gegen ihn, nicht verdächtig, wenn er für ihn aussagt.

nisses eines Unterhändlers hat keinen sichern Rückhalt, weder an der Natur der Sache, noch an gegebenen Gesetzen, noch an Stellen des römischen Rechts. Es bleibt also bei dem, was ich gleich Anfangs sagte: Der Unterhändler kann Zeuge seyn so gut, als Einer. Auch der Gerichtsgebrauch ist dafür, daß ein Unterhändler zur Ablegung eines Zeugnisses fähig sey; wenigstens bezeugt es Voet [10]), dessen Zeugniß man jedoch nur für Holland, und vielleicht nicht einmal dafür, gelten lassen wird; er spricht indessen allgemein.

---

[10]) ad tit. Dig. de testibus nr. 8.




Berlin, gedruckt bei A. W. Hayn.

